

# Upphandlingsrättsligt skadestånd

---

På Advokatfirman Kahn Pedersen ser vi det som en naturlig del i vår roll som specialistbyrå att delta i den juridiska debatten för att bidra till att föra fram och utveckla särskilt svåra rättsfrågor inom våra specialistområden. Ett led i detta arbete är att regelbundet ge ut denna skriftserie. 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 specialistområden. 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 2022:1, är upphandlingsrättsligt skadestånd.

---

1. INLEDNING.....	4
1.1 Varför en rapport om skadestånd?.....	4
1.2 Disposition och laghänvisningar.....	4
2. ALLMÄNT OM FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR SKADESTÅND.....	6
2.1 Inledning.....	6
2.2 Ansvarsgrund.....	7
2.3 Skada, kausalitet och beviskrav.....	9
2.4 Skyldighet för leverantören att begränsa sin skada.....	12
2.5 Tidsfristen för att väcka en skadeståndstalan.....	13
3. ANSVARSGRUNDERNA FÖR DET POSITIVA KONTRAKTSINTRESSET.....	15
3.1 Upphandlingsfel under annonserade förfaranden ("ärendehanteringsfel").....	15
3.2 Otillåten direktupphandling.....	25
3.3 Avbruten upphandling.....	36
3.4 Ogiltighet.....	42
4. ERSÄTTNING FÖR ANBUDS- OCH ÖVERPRÖVNINGSKOSTNADER (DET NEGATIVA KONTRAKTSINTRESSET).....	45
4.1 Inledning.....	45
4.2 Ersättning för anbudskostnader.....	45
4.3 Ersättning för överprövningskostnader.....	48
4.4 Något om brister i den skadelidande leverantörens anbud.....	53
5. JÄMKNING AV SKADESTÅND.....	55
5.1 Inledning.....	55
5.2 Medvållande.....	56
5.3 Begränsning av skadan.....	57
5.4 Åberops- och bevisbördan för att den skadelidande vidtagit tillräckliga åtgärder.....	65
5.5 Tiden som skadan måste begränsas.....	65
5.6 Storleken på jämkningen.....	67
6. ANSPRÅK SOM GRUNDAS PÅ DE ALLMÄNNA SKADESTÅNDSREGLERNA.....	69
6.1 Inledning.....	69
6.2 "Upphandling av sjukgymnastiktjänster" NJA 2013 s. 909.....	69
6.3 Analys av Högsta domstolens uttalanden.....	71
7. AVSLUTANDE KOMMENTARER.....	73
Om Advokatfirman Kahn Pedersen.....	76

# 1. Inledning

## 1.1 Varför en rapport om skadestånd?

När vi funderade på vad ämnet för denna rapport skulle vara, började vi diskutera vilka frågor som vi upplevde hade blivit mer förekommande under de senaste åren. Naturligtvis händer det att intresset för vissa specifika frågor ökar i samband med uppmärksammade rättsfall eller ny lagstiftning, men dessa ökningarna brukar ofta vara mer eller mindre tillfälliga. Vi ville istället hitta ett ämne som alltid varit relevant, men som aldrig fått den uppmärksamhet som det förtjänar.

Det var så vi kom fram till slutsatsen att vi borde skriva en rapport om upphandlingsrättsligt skadestånd. Den som regelbundet kommer i kontakt med offentlig upphandling har med all sannolikhet kommit i kontakt med det upphandlingsrättsliga överprövningsinstitutet och har därigenom fått en, i vart fall grundläggande, förståelse för vad en överprövning innebär och under vilka förutsättningar som en överprövning leder till att en upphandling rättas eller görs om. Detsamma kan, enligt vår erfarenhet, inte sägas om upphandlingsrättsligt skadestånd. Det kan bero på dels att den allmänna kunskapen om förutsättningarna för skadeståndsrättsligt ansvar i samband med offentliga upphandlingar är mindre, dels att upphandlingsrättsliga skadeståndsprocesser är mer ovanliga än överprövningsprocesser. Sannolikt beror det på en kombination av dessa två faktorer.

Det är mot denna bakgrund som vi vill ge en sammanhållen bild av i vilka situationer som en upphandlande myndighet riskerar att ådra sig ett skadeståndsrättsligt ansvar i samband med offentliga upphandlingar och under vilka förutsättningar som en leverantör kan ha rätt att utkräva skadestånd. Rapporten behandlar inte andra typer av skadestånd som ligger utanför det upphandlingsrättsliga området, till exempel skadeståndsanspråk som grundas på kontraktsbrott. Vi tar även tillfället i akt att diskutera vissa utestående frågor som ännu inte fått sitt svar i rättspraxis och hur vi ser på dessa frågor.

Vår förhoppning är att detta ska bidra till en ökad förståelse och tydlighet kring skadestånd i samband med offentliga upphandlingar.

## 1.2 Disposition och laghänvisningar

Denna rapport inleds i avsnitt 2 med en redogörelse för de generella förutsättningarna för skadestånd, vilka består av dels allmänna skadeståndsrättsliga principer, dels upphandlingsrättens särskilda bestämmelser och rättspraxis. Mot denna bakgrund går vi i avsnitt 3 igenom de olika ansvarsgrunderna för när upphandlingsrättsligt skadestånd för det positiva kontraktsintresset (utebliven vinst) kan aktualiseras, och under vilka förutsättningar som skadeståndsskyldighet kan uppstå.

I avsnittet 4 diskuteras i vilka situationer skadestånd för det negativa kontraktsintresset, särskilt anbuds- och överprövningskostnader, kan bli aktuellt. Avsnitt 5 redogör för i vilken mån och under vilka omständigheter som ett skadestånd kan komma att jämkas, medan avsnitt 6 tar ytterligare ett steg mot allmänna skadeståndsrättsliga frågor och diskuterar i vilken mån upphandlingsrättsliga överträdelser kan ge upphov till skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207). Avslutningsvis lämnar vi i avsnitt 7 några kommentarer utifrån denna genomgång och våra tankar om upphandlingsrättsligt skadestånd.

Av presentationstekniska skäl hänvisas genomgående i denna rapport till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). Av samma anledning använder vi enbart begreppet *upphandlande myndigheter* för att benämna de organisationer som omfattas av lagen. Våra redogörelser för rättsläget och våra analyser har dock samma giltighet för upphandlande enheter och övriga lagar på upphandlingsrättens område, eftersom bestämmelserna om skadestånd i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF"), lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ("LUFSS") samt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ("LUK") är i allt väsentligt likalydande.

## 2. Allmänt om förutsättningar för skadestånd

### 2.1 Inledning

Av LOU framgår att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.<sup>1</sup>

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör, vilken har deltagit i en upphandling, för kostnader som leverantören har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LOU menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.<sup>2</sup>

LOU:s bestämmelser om skadestånd bygger på EU:s så kallade rättsmedelsdirektiv.<sup>3</sup>

Skadeståndet enligt LOU har både ett *reparativt* syfte och ett *preventivt* syfte. Det reparatoriska syftet innebär att den leverantör som lider skada på grund av att en upphandlande myndighet bryter mot LOU ska få denna skada ersatt, dvs. reparerad. Det preventiva syftet innebär att skadeståndet ska bidra till att upphandlingsdirektivens bestämmelser får fullt genomslag på nationell nivå och förhindra att liknande överträdelser av lagstiftningen upprepas.<sup>4</sup> Syftet med bestämmelserna är därmed både att skydda leverantörerna och att verka handlingsdirigerande, och kanske till och med avskräckande, för de upphandlande myndigheterna.

LOU:s bestämmelser om skadestånd måste tolkas och tillämpas i ljuset av det mer vanligt förekommande rättsmedlet överprövning. Rättsmedelsdirektiven bygger på principen att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen ska rättas till på ett så tidigt stadium som möjligt, dvs. helst redan innan kontrakt tecknas. Överprövning är därmed, enligt Högsta domstolen, det primära rättsmedlet. Genom en överprövning kan den skada som en överträdelse av LOU skulle kunna ge upphov till normalt avvärjas. Skadeståndet blir därmed ett sekundärt rättsmedel, som främst fyller en funktion i de speciella situationer där unionsrättens fulla genomslag och den enskildes till-

---

1 20 kap. 20 § första stycket LOU.

2 20 kap. 20 § andra stycket LOU.

3 Artikel 2.1 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, såsom det ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

4 Prop. 1992/93:88, s. 103 samt "Ishavet" NJA 2007 s. 349, "Fidelia" NJA 2013 s. 762 och "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127.

gång till effektiva rättsmedel annars inte skulle kunna garanteras.<sup>5</sup>

LOU:s bestämmelser om skadestånd måste också tolkas och tillämpas tillsammans med annan lagstiftning i svensk rätt. Rättsmedelsdirektivet anger inte i närmare detalj under vilka förutsättningar som skadestånd ska utgå. I stället hänvisar direktivet till de allmänna principer som har utvecklats i EU-domstolens praxis om när en medlemsstat kan bli skadeståndsskyldig mot en enskild vid överträdelser av unionsrätten. Rättsmedelsdirektivet innehåller inte heller några processuella regler för skadeståndsmål baserade på LOU. Innebörden av rättsmedlet skadestånd behöver därför fyllas ut med nationella bestämmelser. Nationell lagstiftning och rättspraxis måste dock säkerställa att rättsmedlen ger enskilda det effektiva skydd och den tillgång till rättsmedel som unionsrätten kräver och att interna och unionsrättsliga situationer behandlas likvärdigt.<sup>6</sup>

Den andra sidan av detta mynt är att sådana begränsningsregler för skadeståndsskyldighet som finns i nationell rätt kan tillämpas, så länge de unionsrättsliga kraven på effektivitet och likabehandling iakttas. Det medför bland annat att allmänna skadeståndsrättsliga principer i svensk rätt normalt blir tillämpliga även i skadeståndsmål baserade på LOU.<sup>7</sup>

## 2.2 Ansvarsgrund

Inom ramen för de grundläggande förutsättningarna för skadestånd enligt LOU, dvs. att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sätt som medfört skada för en leverantör, finns tre huvudsakliga *ansvarsgrunder*.<sup>8</sup> Med ansvarsgrund menas i detta sammanhang de olika sätt på vilka en upphandlande myndighet kan bryta mot LOU på ett sätt som kan medföra skadeståndsansvar.

### 2.2.1 OTILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING

*Otillåten direktupphandling* innebär att en upphandlande myndighet utan föregående annonserat upphandlingsförfarande tilldelar kontrakt till en eller flera leverantörer i en situation där myndigheten varit skyldig att genomföra en annonserad upphandling. Otillåten direktupphandling anses vara en av de mest allvarliga överträdelserna av LOU. Vad gäller skadeståndsskyldigheten är det alltså den omständigheten att den upphandlande myndigheten inte annonserat

---

5 "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127.

6 "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127 samt däri angiven rättspraxis.

7 "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127.

8 Andersson, Håkan, *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 2 2016. Andersson räknar med fyra ansvarsgrunder, varav den fjärde är ansvarskonkurrens, dvs. att skadeståndsansvar för en upphandlande myndighets felaktiga agerande vid en upphandling kan aktualiseras även på annan grund än bestämmelserna i LOU, exempelvis 3 kap. 3 § skadeståndslagens bestämmelser om felaktig myndighetsinformation. Denna fjärde ansvarsgrund behandlas dock separat i avsnitt 6 av denna rapport.

upphandlingen som utgör den (potentiellt) skadeståndsgrundande överträdelsen av LOU.

### 2.2.2 FELAKTIG HANTERING AV UPPHANDLING

Om den upphandlande myndigheten har genomfört en annonserad upphandling är det istället olika åtgärder som myndigheten vidtar inom ramen för upphandlingsförfarandet som kan utgöra överträdelser av LOU och medföra skadeståndsansvar.

Med utgångspunkt i hur ett upphandlingsförfarande normalt genomförs, kan dessa ansvarsgrundande omständigheter typiskt sett delas upp kronologiskt:

- Förfarandefel, såsom brister eller andra felaktigheter i upphandlingsdokumenten, annonsen om upphandlingen eller otillåtna ändringar under upphandlingen.
- Leverantörsprövningen, såsom felaktigheter i uteslutningsprövningen eller kvalificeringsfasen.
- Anbudsprövningen, såsom felaktigheter i kontrollen av om det vinnande anbudet uppfyller alla krav.
- Anbudsvärderingen, såsom felaktig tillämpning av tilldelningskriterierna, eller utvärderingsmodellen i övrigt. Dessa överträdelser av LOU ger typiskt sett en sämre position för en förbigången leverantör, genom att någon annan leverantör erhåller kontraktet.<sup>9</sup>

### 2.2.3 AVBRUTEN UPPHANDLING

Varken LOU eller det bakomliggande direktivet innehåller några bestämmelser om när en påbörjad upphandling får avbrytas. En upphandlande myndighet som avbryter en upphandling är däremot skyldig att informera anbudssökande och anbudsgivare om det samt om skälen för avbrytandebeslutet.<sup>10</sup> Vidare framgår indirekt av LOU att ett avbrytandebeslut kan bli föremål för överprövning, eftersom LOU anger att en ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling som regel ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.<sup>11</sup>

Det finns dock inga bestämmelser i LOU eller det bakomliggande direktivet om vilka åtgärder som en förvaltningsdomstol kan vidta i

---

<sup>9</sup> Jfr Andersson, Håkan, *Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 1 2014 och *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 2 2016.

<sup>10</sup> 12 kap. 12 § och 19 kap. 21 § LOU.

<sup>11</sup> 20 kap. 12 § LOU.



ett mål om överprövning av ett avbrytandebeslut eller om det, som i flertalet övriga överprövningsmål, finns ett skaderekvisit som måste uppfyllas. Det finns inte heller några uttryckliga bestämmelser om förutsättningarna för skadestånd med anledning av avbrytandebeslut. I rättspraxis har dock uttalats att ett avbrytandebeslut måste bygga på sakligt godtagbara skäl, och mot den bakgrunden har det föreslagits att den skadeståndsgrundande överträdelsen vid avbruten upphandling skulle kunna utgöras av ett avbrytande utan att sådana sakligt godtagbara skäl förelegat.<sup>12</sup>

#### 2.2.4 EN TILLRÄCKLIGT KLAR ÖVERTRÄDELSE

Förutom att någon av de ovan beskrivna ansvarsgrunderna måste föreligga för att skadeståndsansvar ska kunna bli aktuellt krävs även att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av LOU. Detta gäller i vart fall ansvarsgrunden *felaktig hantering av upphandling*, eftersom rätten till skadestånd "förutsätter att det är fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse från de principer som gäller för upphandlingskrav eller från vad som kan anses utgöra en sakligt gjord bedömning av anbud i förhållande till underlaget".<sup>13</sup>

### 2.3 Skada, kausalitet och beviskrav

I ett skadeståndsmål enligt LOU måste domstolen fastställa både att myndigheten har gjort ett upphandlingsfel och vilken *skada* som leverantören lidit, dvs. om och på vilket sätt som leverantören lidit skada, och med vilket belopp som leverantören ska få ersättning för den lidna skadan, dvs. skadeståndets storlek.

För att kunna göra detta måste domstolen även ta ställning till om det föreligger *kausalitet*, dvs. ett orsakssamband, mellan den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU och den skada som leverantören anser sig ha lidit.

Det innebär också en prövning av vilken bevisning som finns i målet och om denna bevisning innebär att leverantören med tillräcklig styrka visat att den skulle ha tilldelats kontraktet om inte den upphandlande myndigheten brutit mot LOU, dvs. att leverantören uppfyllt det *beviskrav* som gäller.

Skadeståndet kan utgöras av ett belopp som motsvarar det så kallade *positiva kontraktshintresset*, dvs. den vinst som leverantören gjort om den upphandlande myndigheten följt bestämmelserna i LOU och leverantören vunnit upphandlingen (tilldelats kontraktet).<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Andersson, Håkan, *Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 1 2014 och *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 2 2016.

<sup>13</sup> NJA 2016 s. 358.

<sup>14</sup> "Arkitektjänst" NJA 1998 s. 873 och "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

Avsikten med detta är att leverantören ska försättas i samma läge som om upphandlingen hade fullgjorts på ett korrekt sätt. Ersättning för det positiva kontraktsintresset förutsätter emellertid inte att leverantören skulle ha gjort en nettovinst på kontraktet, dvs. att uppdraget skulle ha blivit lönsamt för leverantören om leverantören tilldelats kontraktet. Däremot har leverantören rätt att bli försatt i samma ekonomiska läge som den hade hamnat i om den hade fått kontraktet. Det skadestånd som den upphandlande myndigheten ska betala ska därför, enligt Högsta domstolen, beräknas till det belopp som leverantören skulle ha fått om leverantören hade tilldelats kontraktet. Från detta belopp ska dock avdrag göras för dels de kostnader som hade orsakats av uppdraget, dels de intäkter som leverantören skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att leverantören inte fick kontraktet, med avdrag för de kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit.<sup>15</sup>

<b>Exempel</b>	
Belopp som leverantören skulle ha fått om leverantören tilldelats kontraktet	1 000 000 kr
Kostnader som hade varit hänförliga till uppdragets utförande och intäkter som leverantören skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll (med avdrag för kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit)	- 800 000 kr
Ersättning för det positiva kontraktsintresset	= 200 000 kr

För att få ersättning för det positiva kontraktsintresset måste leverantören *göra sannolikt* att den har gått miste om kontraktet på grund av felet i upphandlingen. Det innebär ett lägre ställt beviskrav än vad som normalt tillämpas i andra typer av skadeståndsmål, där det oftast krävs att leverantörens skada ska vara *styrkt* eller *visad*. Skälet till detta sänkta beviskrav är, enligt Högsta domstolen, att hänsyn måste tas till det utrymme för olika värderingar av ingivna anbud som LOU lämnar, och att ett krav på att leverantören alltid ska styrka att just den förlorat kontraktet till följd av överträdelsen skulle medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad på ett sätt som inte står i god samklang med det preventiva syfte som bestämmelserna om skadestånd har.<sup>16</sup>

Det bör dock understrykas att det särskilda sänkta beviskravet endast gäller för den värdering av olika anbud som måste göras för att bedöma om en leverantör som väckt talan om skadestånd sannolikt hade tilldelats kontraktet i upphandlingen. När det gäller frågan om en

<sup>15</sup> "Ishavet" NJA 2007 s. 349.

<sup>16</sup> "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712, "Ishavet" NJA 2007 s. 349 och "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

anbudsgivare som krävt skadestånd uppfyller övriga förutsättningar för skadestånd, exempelvis om anbudsgivaren överhuvudtaget kunnat tilldelas kontraktet, vilket innefattar en bedömning av om anbudsgivaren och dess anbud uppfyller kraven i upphandlingen, gäller det beviskrav som normalt gäller i skadeståndsmål. Leverantören måste med andra ord styrka (visa) att den och dess anbud uppfyllde kraven i upphandlingen.<sup>17</sup>

Vid otillåten direktupphandling har som regel inga anbud begärts in, utan den upphandlande myndigheten har vänt sig direkt till en viss leverantör. I dessa fall är förutsättningarna för skadestånd delvis annorlunda. Då kan leverantörer som *sannolikt* skulle ha lämnat anbud om anbud begärts in, och som då skulle ha haft en *realistisk möjlighet* att tilldelas kontraktet, få skadestånd. Skälet till denna ordning är att när myndigheten inte begärt in anbud genom att konkurrensutsätta (annonsera) upphandlingen, låter det sig inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet om konkurrensutsättning hade skett och krav och tilldelningskriterier hade preciserats i myndighetens anbudsinvitan. Ofta går det helt enkelt inte att peka ut någon viss leverantör som skulle ha fått kontraktet.<sup>18</sup>

Högsta domstolen har därför uttalat att i en sådan situation bör leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat ett anbud, och som då skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, kunna få skadestånd. Annars riskerar skyldigheten att konkurrensutsätta upphandlingar att urholkas. Detta skadestånd ska uppgå till ett skönsmässigt fastställt belopp som, beroende på omständigheterna, kan överstiga leverantörens nedlagda kostnader. I tidigare rättspraxis uttalade Högsta domstolen att den skönsmässiga bedömningen skulle göras med utgångspunkt i bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och leverantörernas utsikter till vinst.<sup>19</sup> Av senare rättspraxis framgår dock att lagtextens utformning inte medger att överträdelsens karaktär tillmäts betydelse, vare sig i höjande eller sänkande riktning, eftersom ersättning ska utgå för den till följd av felet uppkomna skadan och skadeståndsansvaret därmed är strikt när en överträdelse konstaterats.<sup>20</sup> Det står vidare klart att det inte krävs att det varit sannolikt att leverantören hade fått kontraktet om en korrekt upphandling genomförts, för att leverantören skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än de kostnader som leverantören haft.<sup>21</sup>

En leverantör som deltagit i en upphandling kan också ha rätt till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, det så kallade *negativa kontraktsintresset*. Det kan aktualiseras om den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelserna i LOU och överträdelsen på ett menligt sätt påverkat

---

17 "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

18 "Ishavet" NJA 2007 s. 349.

19 "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712.

20 "Ishavet" NJA 2007 s. 349.

21 "Ishavet" NJA 2007 s. 349.

leverantörens möjligheter att vinna upphandlingen, dvs. tilldelas kontraktet. Detta innebär enligt Högsta domstolen att leverantören inte behöver visa att den skulle ha vunnit upphandlingen om någon överträdelse av LOU inte skett för att få ersättning för sådana kostnader. Istället är det tillräckligt att leverantören *visar* att den har haft en *realistisk möjlighet* att erhålla kontraktet och att *överträdelserna minskat denna möjlighet*.<sup>22</sup>

Vidare kan leverantörer i vissa fall ha rätt till skadestånd för *överprövningskostnader*, dvs. de kostnader som en leverantör haft för att framgångsrikt driva en överprövningsprocess.<sup>23</sup> Det handlar om situationer när leverantören vunnit framgång i en överprövning men ändå, som en följd av omständigheter som leverantören inte kan lastas för, inte får möjlighet att tilldelas kontraktet eller om allmän förvaltningsdomstol beslutat att upphandlingen ska göras om men leverantören inte ges möjlighet att delta i ett nytt upphandlingsförfarande. Dessa situationer är, enligt Högsta domstolen, sådana att upphandlingsreglernas genomslag och den enskildes rätt till effektiva rättsmedel påkallar att skadestånd kan dömas ut för överprövningskostnader. Det rör sig med andra ord om vissa särpräglade situationer – utgångspunkten är att en leverantör inte får sina överprövningskostnader ersätta genom skadestånd. Det finns på motsvarande sätt ingen generell möjlighet till ersättning för de kostnader som en leverantör haft för att få ett upphandlingsfel rättat genom överprövning.<sup>24</sup>

Det är inte bara leverantörer som gått miste om ett avtal som kan få skadestånd. Även en leverantör som tecknat avtal med en upphandlande myndighet, men som lider *skada till följd av att avtalet ogiltigförklaras* av domstol kan få skadestånd. En sådan ogiltigförklaring kan främst bli aktuell vid otillåten direktupphandling. Vilka kostnader som leverantören i dessa fall kan få ersättning för är i viss mån oklart. Av förarbetena framgår att lagstiftaren överlätit denna fråga till rättstillämpningen, dvs. domstolarna, och att frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens överträdelse av LOU bör kunna beaktas.<sup>25</sup>

## 2.4 Skyldighet för leverantören att begränsa sin skada

Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer är en skadelidande skyldig att försöka begränsa sin skada. Den skadelidande riskerar annars att skadeståndet jämkas nedåt.

Som nämnts ovan är överprövning det primära rättsmedlet enligt LOU och skadestånd det sekundära rättsmedlet. Genom en överprövning

---

22 "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712.

23 "Fidelis" NJA 2013 s. 762.

24 "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127.

25 Prop. 2009/10:180, s. 226.

kan den skada som en överträdelse av LOU skulle kunna ge upphov till normalt avvärjas och att ansöka om överprövning kan därför ofta vara en skadebegränsande åtgärd för leverantören. Högsta domstolen har också uttalat att övervägande skäl talar för att det ofta kan anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol, om en överprövning hade kunnat fylla en reell funktion.<sup>26</sup> Motsatsvis får förstås att i de fall en överprövning inte skulle fylla någon reell funktion har leverantören ingen skyldighet att ansöka om överprövning för att undgå risken för att skadeståndet jämkas inom ramen för en skadeståndsprocess.<sup>27</sup>

En näraliggande fråga är om leverantören, i de fall då en upphandling avbrutits eller av annan anledning görs om, är skyldig att försöka begränsa sin skada till följd av att ha gått miste om kontraktet i den första upphandlingen genom att lämna anbud i den nya upphandlingen. Som svar på denna fråga har Högsta domstolen uttalat att vid en skada bestående i utebliven vinst under den tid ett uppdrag skulle ha utförts kan jämkning av skadeståndet i regel endast komma ifråga om den nya upphandlingen helt eller delvis avser ett utförande under samma period.<sup>28</sup> Detta framstår som logiskt, eftersom den skada som en leverantör lider av att gå miste om ett uppdrag under en viss tidsperiod inte nödvändigtvis fullt ut kompenseras av att ett nytt uppdrag erbjuds för en annan senare tidsperiod.<sup>29</sup>

## 2.5 Tidsfristen för att väcka en skadeståndstalan

Av LOU framgår att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.<sup>30</sup>

En särskild fråga är vad som gäller när upphandlingsfelet (eller upphandlingsfelen) utgörs av felaktiga avrop från ett ramavtal, dvs. från vilken tidpunkt preskriptionsfristen då börjar löpa. Om det är från tidpunkten när själva ramavtalet ingåtts skulle konsekvensen bli att samtliga avrop som skett mer än ett år efter det att ramavtalet ingåtts, inte skulle kunna läggas till grund för en skadeståndstalan, eftersom avropen då vore preskriberade. Som svar på denna fråga har i en hovrättsdom uttalats att preskriptionstiden avseende upphandlingsfel i upphandlingen av ramavtalet löper från då ramavtalet slutits,

---

26 "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

27 Andersson, Håkan, *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 2 2016.

28 "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

29 Andersson, Håkan, *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 2 2016.

30 20 kap. 21 § LOU.

medan preskriptionsfristen för upphandlingsfel i samband med avrop börjar löpa från respektive avrop. För detta talade bland annat att tilldelningen av kontrakt enligt ramavtal sker först i och med avropet. Hovrätten ansåg att en sådan tolkning var förenlig med ordalydelsen i LOU och även med lagens syften och ändamål. Ett ramavtal får i normalfallet löpa upp till fyra år och det kunde leda till otillfredsställande konsekvenser om en upphandlande myndighet efter ett år kunde välja att inte längre tillämpa ramavtalet enligt dess villkor utan att riskera att bli skadeståndsskyldig.<sup>31</sup>

Av EU-domstolens rättspraxis framgår dock att fristen för att väcka talan om skadestånd ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om den överträdelse som läggs till grund för skadeståndsanspråket.<sup>32</sup>

Regeringen har mot denna bakgrund föreslagit att fristbestämmelsen ska ändras så att en talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. När det gäller den situationen att ett avtal har förklarats ogiltigt ska dock en talan om skadestånd alltid få väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick laga kraft.<sup>33</sup>

Vad som gäller efter att en upphandling avbrutits (eller annorlunda uttryckt; avslutats utan att något avtal slutits), dvs. om det då finns en frist för väckande av skadeståndstalan, framgår inte av LOU. Rättsläget är därför oklart på denna punkt.

Det kan anföras att det vore logiskt, och konsekvent, om talan om skadestånd efter att en upphandling avbrutits ska väckas inom ett år från avbrytandet, eller att den upphandlande myndigheten skickat ut upplysningar om avbrytandebeslutet. Starka rättssäkerhetsskäl talar dock mot en sådan tolkning och för att det, i avsaknad av en uttrycklig frist i LOU, bör vara preskriptionslagens allmänna bestämmelse om tioårig preskription som gäller.<sup>34</sup>

---

31 Svea hovrätts mål nr T 10286-14.

32 EU-domstolens domar i mål C-406/08, *Uniplex*, och mål C-166/14, *MedEval*.

33 Lagrådsremiss, *En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*, publicerad den 20 januari 2022.

34 2 § första stycket preskriptionslagen (1981:130).

# 3. Ansvarsgrunderna för det positiva kontraktshintresset

## 3.1 Upphandlingsfel under annonserade förfaranden ("ärendehanteringsfel")

### 3.1.1 INLEDNING

Som framgått av avsnitt 2.2 ovan kan förutsättningarna för skadestånd på upphandlingsrättslig grund aktualiseras i olika typer av situationer. I detta avsnitt fokuserar vi på vad som kan kategoriseras som "ärendehanteringsfel", dvs. när en upphandlande myndighets beslut eller agerande under ett annonserat förfarande kan medföra skadeståndsansvar.

Det handlar alltså om skadeståndsgrundande felaktigheter i åtgärder under själva upphandlingsförfarandet, och hur dessa har bedömts i rättspraxis. Det kan exempelvis röra sig om brister eller felaktigheter i upphandlingsdokumenten, brister vid utslutning eller kvalificering av anbudsgivare, brister vid anbudsprövningen eller felaktig tillämpning av tilldelningskriterier m.m. Gemensamt för dessa överträdelser av LOU är att de sätter en förbigången leverantör i en sämre position, vanligen genom att någon annan felaktigt har tilldelats ett kontrakt.

### 3.1.2 "ARKITEKTTJÄNST" NJA 1998 S. 873

Ett rättsfall som på ett tydligt sätt visar kärnan av skadeståndsansvarsgrundande felaktighet vid genomförandet av en upphandling är det första av Högsta domstolens serie av rättsfall kring det moderna upphandlingsregelverket, nämligen "Arkitektjänst" NJA 1998 s. 873.

I fallet Arkitektjänst hade en kommun genomfört en upphandling avseende projektering av en om- och tillbyggnad av ett servicehus. Av upphandlingsdokumenten framgick uttryckligen att kommunen förbehöll sig fri prövningsrätt av anbudet. Anbudsgivaren med det lägsta priset tilldelades inte kontraktet. Anbudsgivaren sökte därefter skadestånd för det positiva kontraktshintresset, dvs. att den skulle försättas i samma läge som om upphandlingen hade genomförts på ett lagligt sätt.

Högsta domstolen konstaterade att kommunen, genom att förbehålla sig "fri prövningsrätt", hade tillämpat ett förfrågningsunderlag med en "uppenbart lagstridig" utformning. Högsta domstolen konstaterade att det inte framgick av underlaget att något annat än pris skulle tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet och att

kommunen hade brutit mot dåvarande LOU genom att inte anta det lägsta anbudet. Kommunen förpliktades därför att ersätta den skadelidande med det positiva kontraktsintresset.

Värt att notera är att vid tidpunkten för avgörandet i Arkitekttjänst saknades det bestämmelser i dåvarande LOU om lagstadgad avtals-spärr, vilket i praktiken gjorde det mycket svårt att överpröva upphandlingar. Det var i princip endast genom skadeståndstalan som en leverantör kunde föra process mot en upphandlande myndighet, medan utgångspunkten idag istället är att leverantörer i första hand ska ansöka om överprövning av upphandlingen.

### **3.1.3 "ISHAVET" NJA 2007 S. 349**

Högsta domstolens avgörande i "Ishavet" NJA 2007 s. 349 avsåg en upphandling av tillhandahållande av ett övningsfartyg för gymnasieutbildning. Av upphandlingsdokumenten framgick att avtalstiden var 72 dygns användning av fartyget, med möjlighet att förlänga förhyrningen till 100 dygn. En anbudsgivare lämnade ett särskilt pris för just 100 dygns användning, vilket accepterades av den upphandlande myndigheten. Av domen framgår att upphandlingsdokumenten rätteligen skulle uppfattas så att anbudsutvärderingen skulle göras avseende bland annat priset för 72 dygns användning av fartyget.

Genom att ha genomfört anbudsutvärderingen utifrån en avtalstid om 100 dygn hade den upphandlande myndigheten avvikit från utvärderingsmodellen. Utgångspunkten för prövningen i Högsta domstolen, utifrån underinstansernas avgöranden, var att den skadelidande leverantören skulle ha fått kontraktet om det inte vore för den felaktiga anbudsutvärderingen.

Högsta domstolen uttalade att eftersom beviskravet för att få ersättning för det positiva kontraktsintresset är att det är sannolikt att käranden har gått miste om kontraktet, kan endast en leverantör som lämnat anbud vara berättigad till sådan ersättning. Den upphandlande myndigheten kan följaktligen bestrida ett krav på sådan ersättning genom att visa att det är sannolikt att någon annan leverantör skulle fått kontraktet vid en lagenligt genomförd upphandling.

Högsta domstolen uttalade vidare att ersättning för det positiva kontraktsintresset inte förutsätter att den skadelidande parten skulle ha gjort en nettovinst, utan den skadelidande har rätt att bli försatt i samma ekonomiska läge som den hade hamnat i vid tilldelning av kontraktet. I målet innebar det att det positiva kontraktsintresset skulle utgå till ett belopp som motsvarade det belopp som leverantören skulle ha fått med avdrag för de kostnader som hade orsakats av uppdraget samt sådana intäkter som leverantören skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll (med avdrag för de kostnader som då skulle ha uppkommit).

Högsta domstolen konstaterade att den leverantör som fick kontraktet



upplät fartyget i 129 dagar, och det antogs att detsamma hade gällt om den skadelidande leverantören hade fått kontraktet. Den skadelidande leverantören hade dock beräknat sin skada i målet på priset för 100 dygns användande, vilket utgjorde en begränsning av utrymmet för utdömande av skadestånd.

Det positiva kontraktsintresset beräknades utifrån en intäkt för 100 dagars användande, med avdrag för den kostnad som den skadelidande leverantören besparats genom att inte få uppdraget. Den upphandlande myndigheten menade att skadeståndet skulle sättas ner till 0 kr, med hänvisning till att de fasta kostnaderna översteg den förlorade intäkten. Högsta domstolen uttalade dock att avdrag från det positiva kontraktsintresset inte ska göras för fasta kostnader utan endast för särkostnader.

### **3.1.4 "FIDELIA" NJA 2013 S. 762**

"Fidelía" NJA 2013 s. 762 rörde huvudsakligen ersättning för en skadelidande leverantörs anbuds- och rättegångskostnader vid överprövning av upphandling och behandlas närmare i avsnitt 4 nedan. Det är dock intressant att notera att de i målet aktuella felen vid upphandlingarna inte gav rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset.

Kortfattat var omständigheterna i målet att en leverantör ansökte om överprövning och yrkade att rättelse skulle ske på så sätt att det vinnande anbudet skulle förkastas. Den sökande leverantören fick rätt i sak, men tilldelades ändå inte kontraktet på grund av att upphandlingarna istället avbröts.

Högsta domstolen fann att de felaktiga tilldelningsbesluten inte kunde grunda en rätt till skadestånd för det positiva kontraktsintresset. En sådan skada ansågs uppstå först om ett felaktigt tilldelningsbeslut följs av att kontrakt tecknas med den anbudsgivare som angetts i tilldelningsbeslutet. Skadeståndsansvar för det positiva kontraktsintresset knöts alltså till själva *kontraktstecknandet*. Att tilldelningsbesluten var felaktiga var inte i sig tillräckligt för att ge den skadelidande leverantörer rätt till ersättning för utebliven vinst.

### **3.1.5 NJA 2016 S. 358**

Det upphandlingsrättsliga regelverket består i princip av ett antal förhållningsregler för den offentliga inköpsprocessen. Reglerna styr förfarandet för den upphandlande myndigheten, men på grund av att bestämmelserna i den svenska lagen genomför rättsakter från EU finns det inte alltid en tillräckligt hög nivå av klarhet i hur reglerna ska tillämpas i varje given situation.

Risken för att ett beslut är felaktigt är inte alltid möjligt att överblicka. Det är därför relevant att analysera om varje enskilt potentiellt upphandlingsfel som kan begås under ett annonserat förfarande skulle

kunna vara skadeståndsgrundande, eller om felet måste vara av viss kvalificerad art.

I NJA 2016 s. 358 prövade Högsta domstolen vilka principer som gäller inom ramen för ett skadeståndsmål för bedömningen av huruvida en upphandlande myndighet har följt LOU vid kvalificering och utvärdering av anbud.

Målet avsåg ett regionförbunds upphandling av transporter avseende hjälpmedel för funktionshindrade, där tilldelning skulle ske till den anbudsgivare som fick högst poäng vid utvärdering av ett antal parametrar. Den anbudsgivare som kom på fjärde plats i utvärderingen ("Fyran") ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet. Länsrätten avslog ansökan. Fyran överklagade därefter till kammarrätten, men talan avvisades eftersom avtal hade tecknats.

Fyran väckte därefter en skadeståndstalan mot regionförbundet och gjorde gällande att de tre anbudsgivarna som fick högre poäng ("Ettan", "Tvåan" respektive "Trean") borde ha förkastats eller i vart fall getts lägre poäng än Fyran.

Det var ostridigt i målet att anbuderna från Ettan och Tvåan borde ha förkastats. Parterna var endast oense om också Treans anbud borde ha förkastats eller getts lägre poäng än Fyran.

Högsta domstolen konstaterade, med hänvisning till *Ishavet*, att för bifall till sin talan krävdes att Fyran kunde visa att det förelåg ett fel i upphandlingen och att det var sannolikt att Fyran gått miste om kontraktet på grund av felet. Med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-568/08, *Combinatie Spijker*, fann Högsta domstolen att en skadelidande leverantör har rätt till skadestånd när en överträdelse av en unionsbestämmelse om offentlig upphandling är *tillräckligt klar*. Högsta domstolen hänvisade vidare till mål C-92/00, *HI*, där EU-domstolen slagit fast att en prövning av ett upphandlingsfel inte kan begränsas till huruvida det beslut som är föremål för prövning är av godtycklig art.

I RÅ 2002 ref. 50, den så kallade Migrationsverksdomen, fann Högsta förvaltningsdomstolen att även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får accepteras. Mot denna bakgrund konstaterade Högsta domstolen att det inte kan krävas att en upphandlande myndighets bedömningar vid anbudsprövningen har varit helt invändningsfria. Högsta domstolen uttalade följande:

*Rätt till skadestånd förutsätter att det är fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse från de principer som gäller för upphandlingskrav eller från vad som kan anses utgöra en sakligt gjord bedömning av anbud i förhållande till underlaget. Det föreligger då en tillräckligt klar överträdelse av bestämmelserna i LOU.<sup>35</sup>*

---

35 Se NJA 2016 s. 358, punkt 16

Vid bedömningen av innehållet i Treans anbud fann Högsta domstolen att det inte visats att det fanns skäl för att förkasta anbudet och det fanns inte heller skäl för att Trean skulle fått lägre poäng (än fyran). Fyran hade inte visat att regionförbundet gjort fel i upphandlingen, och skadeståndstalan ogillades därför.

Högsta domstolens resonemang i domen redogör inte för hur ett eventuellt fel i upphandlingen (i förhållande till bedömningen av Treans anbud) kunde ha varit tillräckligt klart eller bagatellartat. Domstolen prövar istället om något fel överhuvudtaget har kunnat konstateras i det sammanhanget, och eftersom något fel inte konstaterades fanns inte heller någon rätt till skadestånd.

### 3.1.6 "ARMÉMUSEUM" NJA 2016 S. 369

I rättsfallen som beskrivits ovan har det varit fråga om leverantörer som velat få skadestånd när en upphandlande myndighet har ingått kontrakt med en konkurrent. I "Fidelia" NJA 2013 s. 762 uttalade Högsta domstolen att ersättning för det positiva kontraktsintresset aktualiseras genom ett skadeståndsgrundande kontraktstecknande.

De flesta uppfattade nog rättsläget efter Fidelia som att det i princip var uteslutet att få ersättning för det positiva kontraktsintresset om en felaktigt genomförd upphandling inte också avslutas genom tecknande av kontrakt. Högsta domstolen nyanserade dock den uppfattningen genom domen i målet "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

I upphandlingen som prövades i Armémuseum var bakgrunden följande. Statens Fastighetsverk ("SFV") genomförde en upphandling avseende en ombyggnad av luftbehandlingssystemet i ett fläktrum i en av byggnaderna som tillhör Armémuseum. Två anbudsgivare, "NBB" och "Venair", inkom med anbud i upphandlingen. NBB lämnade ett lägre pris, men SFV fann att NBB:s anbud skulle förkastas och tilldelade istället kontraktet till Venair.

NBB ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten, och ville få till en rättelse av tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten biföll NBB:s yrkande om att upphandlingen skulle rättas på så sätt att NBB:s anbud skulle tas med i utvärderingen. Domen från förvaltningsrätten meddelades på den näst sista dagen av giltigheten för anbuden i upphandlingen. SFV vidtog dock ingen omedelbar åtgärd efter förvaltningsrättens dom.

Lite mer än en månad efter domen beslutade SFV istället att upphandlingen skulle avbrytas, med hänvisning till att anbudens giltighetstid hade löpt ut, att det inte längre fanns någon möjlighet att färdigställa projektet enligt tidplan samt att finansieringen av projektet hörde samman med beslut om investering under just det för upphandlingen aktuella året.

Ungefär ett år efter att den första upphandlingen annonserades, annonserade SFV en ny upphandling rörande samma arbeten. NBB

lämnade inte anbud i den nya upphandlingen. Kontraktet tilldelades på nytt till Venair. NBB väckte därefter talan om skadestånd, med anspråk på det positiva kontraktsintresset.

NBB gjorde gällande att SFV bröt mot bestämmelserna i dåvarande LOU genom det felaktiga tilldelningsbeslutet i den första upphandlingen och att det fanns ett direkt orsakssamband mellan upphandlingsfelet och de omständigheter som SFV åberopade till stöd för att avbryta upphandlingen.

Högsta domstolen inledde, med hänvisning till sin tidigare praxis, med att notera att skadeståndsskyldighet enligt LOU innebär att en leverantör som sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsföremålet, om det inte vore för upphandlingsfelet, kan få ersättning för det positiva kontraktsintresset.<sup>36</sup>

Högsta domstolen uttalade vidare att även om saken i viss mån redan har bedömts inom ramen för ett överprövningsförfarande i allmän förvaltningsdomstol ska de åberopade grunderna prövas fullt ut i skadeståndsmålet, även om den allmänna domstolen kan ta intryck av förvaltningsdomstolens resonemang och argument.<sup>37</sup>

Vid en prövning av SFV:s agerande vid tilldelningsbeslutet i den första upphandlingen konstaterade Högsta domstolen att det utgjorde ett upphandlingsfel att förkasta NBB:s anbud. Därefter gick Högsta domstolen vidare och gjorde en bedömning av om det finns ett direkt orsakssamband mellan detta upphandlingsfel och den påstådda skadan, trots att det felaktiga tilldelningsbeslutet inte efterföljdes av kontraktstecknande (i den första upphandlingen).

Högsta domstolen uttalade i detta avseende följande:

*Det står klart att om SFV inte hade felaktigt förkastat NBB:s anbud, så skulle utvärderingen av de två anbuden ha visat att NBB hade erbjudit det lägsta priset. NBB 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 SFV:s beslut att avbryta upphandlingen. Ett sådant samband skulle innebära att SFV genom tilldelningsbeslutet framkallat de förhållanden som enligt myndigheten motiverade beslutet att avbryta upphandlingen. [...]*<sup>38</sup>

Högsta domstolen konstaterade därefter att samtliga skäl som åberopats av SFV för att avbryta den första upphandlingen gjorde en direkt följd av den tidsutdräkt om uppstod i samband med överprövningen av upphandlingen, och att det felaktiga beslutet att förkasta NBB:s anbud orsakade behovet av att avbryta upphandlingen.<sup>39</sup>

---

36 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 17.

37 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 19.

38 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 24.

39 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 26.

Enligt Högsta domstolen hade SFV möjlighet att följa förvaltningsdomstolens förordnande om rättelse genom att begära förlängning av anbudens giltighet, vilket utredningen i målet visade att NBB skulle ha accepterat.<sup>40</sup> Mot den bakgrunden kunde Högsta domstolen konstatera att det fanns ett adekvat orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och det förhållandet att NBB gick miste om avtalet.<sup>41</sup>

Eftersom NBB gjorde sannolikt att NBB förlorade avtalet till följd av upphandlingsfelet ansågs NBB berättigat till det positiva kontraktshintresset, trots att det felaktiga tilldelningsbeslutet inte efterföljdes av kontraktstecknande i den upphandlingen. Genom domen i Armémuseum kan konstateras att kontraktstecknande i en upphandling inte utgör en nödvändig förutsättning för rätten till det positiva kontraktshintresset på det sätt som tidigare uttalats i Fidelia.

Nästföljande fråga i målet var om NBB, i syfte att försöka begränsa sin skada, antingen borde ha ansökt om överprövning av avbrytandebeslutet eller ha lämnat anbud i den efterföljande upphandlingen. Dessa frågor behandlas i närmare detalj i avsnitt 5.3 nedan, men kortfattat kan sägas att Högsta domstolen konstaterade att en ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet inte skulle ha fyllt någon reell funktion. Vad gäller invändningen om att skadeståndet borde ha jämkats, eftersom NBB inte lämnade anbud i den nya upphandlingen, konstaterade Högsta domstolen att NBB:s skada avsåg vinsten på en entreprenad som skulle ha genomförts under en viss given tidsperiod, och därför saknade det betydelse att NBB inte lämnade anbud i upphandlingen som genomfördes årets efter. Skadan var redan konstaterad när den ursprungliga entreprenadtiden hade passerats utan att NBB hade fått utföra uppdraget under den perioden.<sup>42</sup>

### **3.1.7 EN KOMMENTAR KRING KRAVET PÅ EN TYDLIG OCH INTE BAGATELLARTAD AVVIKELSE FRÅN DET UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA REGELVERKET FÖR SKADESTÅNDSANSVAR**

I NJA 2016 s. 358 uttalades, som ovan nämnts, att rätten till skadestånd förutsätter att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av LOU, dvs. ett tydligt och inte bagatellartat upphandlingsfel.

En intressant aspekt av domen är att den uttryckligen behandlar frågan om hur tydlig en överträdelse av upphandlingsreglerna måste vara för att skadestånd ska kunna utgå. Själva prövningen i målet förefaller däremot vara av mer binär art. Kortfattat kan Högsta domstolens prövning beskrivas så att antingen var det rätt att acceptera det omstridda anbudet, eller så var det inte rätt.

I sammanhanget är det värt att notera att EU-domstolen, i ovan

---

40 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 27.

41 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 28.

42 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkterna 33-36.

nämnda dom i mål C-568/08, *Combinatie Spijker*, inte enbart uttalar att en överträdelse ska vara "tillräckligt klar", utan att det även ska finnas ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och skadan.

Ett tänkbart sätt att tolka Högsta domstolens avgörande i NJA 2016 s. 358, i ljuset av EU-domstolens uttalanden (och regelverket i övrigt), är att frågan om en överträdelse är "tillräckligt klar", och har ett direkt orsakssamband till skadan, till vissa delar överlappar med skaderekvisitet vid en förvaltningsdomstols prövning av om det föreligger skäl för rättelse på så sätt att en sökande leverantör ska få tilldelning på det sätt som yrkas i en ansökan om överprövning.

En leverantör som klagar på att en konkurrents anbud rätteligen borde ha förkastats, men leverantören ändå inte skulle hamna i position för tilldelning vid ett sådant förkastande, har vare sig lidit skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU eller visat en "tillräckligt klar" överträdelse på det sätt som framgår av NJA 2016 s. 358.

Sammanfattningsvis skulle båda prövningsramarna beskrivas så att domstolarna inte beaktar allt som kan utgöra ett upphandlingsfel, utan endast sådana upphandlingsfel som orsakat beaktansvärd skada.

I förlängningen medför ett sådant synsätt dock att det inte görs någon direkt prövning av hur klar eller oklar en viss överträdelse är, utan istället vilken effekt (skada) överträdelsen skapar. Såvitt vi har kunnat konstatera finns det inte heller något exempel på ett prejudicerande avgörande där en domstol i och för sig har konstaterat ett upphandlingsfel, en skada, ett adekvat orsakssamband mellan felet och skadan men där felet har bedömts vara av så bagatellartad karaktär att skadestånd ändå inte utgått.

I sammanhanget bör något sägas om EFTA-domstolens<sup>43</sup> avgöranden i målen *Fosen-Linjen I* och *Fosen-Linjen II*.<sup>44</sup> Bakgrunden var en upphandling av färjetrafik i Norge där anbudsgivaren Fosen-Linjen placerades på andra plats vid utvärderingen av anbudet. Efter det att Fosen-Linjen väckt talan mot tilldelningsbeslutet avbröts upphandlingen. Efter avbrytandet ingick den upphandlande myndigheten ett kortare avtal med den tidigare vinnande anbudsgivaren, varpå Fosen-Linjen väckte talan om skadestånd.

Fosen-Linjen förlorade i första instans, och överklagade domen till Frostating lagmannsrett (motsvarande hovrätten). Lagmannsretten hänsköt målet till EFTA-domstolen för besvarande av ett antal frågor kring rättsmedelsdirektivets tolkning.

EFTA-domstolen fann att rättsmedelsdirektivet skulle tolkas så att en

---

<sup>43</sup> EFTA-domstolen är motsvarigheten till EU-domstolen för EES-länderna Norge, Island och Liechtenstein. Dessa länders nationella domstolar kan hänskjuta frågor till EFTA-domstolens förhandsavgörande kring innehållet i relevant EES-lagstiftning. I Fosen-linjen-målen prövades bestämmelserna i EU:s rättsmedelsdirektiv, dvs. samma regler som gäller för medlemsstaterna i EU vid prövningar av offentliga upphandlingar.

<sup>44</sup> Mål E-16/16 "Fosen-Linjen I" respektive mål E-7/18 "Fosen-Linjen II".

leverantörs rätt till skadestånd inte fick göras beroende av den upphandlande myndighetens försummelse och att överträdelsens allvar inte är relevant vid bedömningen. EFTA-domstolen konstaterade därvid att även en mindre överträdelse (en "simple breach" i den engelska språkversionen) är tillräcklig för att en leverantör ska ha rätt till skadestånd.

Avgörandet i *Fosen-Linjen I* blev uppmärksammat och omdiskuterat, då det synsättet får anses svårförenligt med EU-domstolens uttalanden i mål C-568/08, *Combinatie Spijker*, där EU-domstolen konstaterar att det krävs en "tillräckligt klar" överträdelse för att skadeståndsansvar ska aktualiseras. Den hänskjutande domstolen, Lagmannsretten, hänvisade till EU-domstolens avgörande i *Combinatie Spijker* och valde att inte döma i enlighet med EFTA-domstolens tolkning av rättsmedelsdirektivet.

Redan den omständigheten att den hänskjutande domstolen föreföll göra en annan tolkning än EFTA-domstolen gav upphov till viss uppmärksamhet kring processen. Efter att Lagmannsrettens dom överklagats till Høyesterett (Norges motsvarighet till Högsta domstolen) beslutade Høyesteretten att rikta ytterligare en tolkningsfråga till EFTA-domstolen. Detta resulterade i EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen II*.

EFTA-domstolen gjorde vad som får beskrivas som en något välvillig tolkning av Høyesteretten hänskjutande på så sätt att hänskjutandet inte ansågs utgöra ett ifrågasättande av giltigheten av *Fosen-Linjen I*, utan att EFTA-domstolen kunde ta upp målet till prövning genom de nya frågorna i *Fosen-Linjen II*. Den fråga som Høyesteretten ställde till EFTA-domstolen var dock om rättsmedelsdirektivet ska tolkas så att det krävs en tillräckligt allvarlig överträdelse av upphandlingsrätten för att skadestånd för det positiva kontraktsintresset ska kunna utgå. Det är förenat med viss svårighet att se detta som något annat än ett ifrågasättande av *Fosen-Linjen I*, eftersom domstolen ville ha samma fråga besvarad en gång till, men det är en diskussion för ett annat tillfälle.

När EFTA-domstolen så på nytt besvarade frågan om hur rättsmedelsdirektivet ska tolkas, genom *Fosen-Linjen II*, kom EFTA-domstolen istället fram till att rättsmedelsdirektivet inte kräver att varje överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket är tillräcklig för att få skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset. En förutsättning är att överträdelsen är tillräckligt allvarlig (eng: "sufficiently serious").<sup>45</sup>

Genom avgörandet i *Fosen-Linjen II* förefaller EFTA-domstolen ha närmast sig samma synsätt som både EU-domstolen och Högsta domstolen har antagit i sina avgöranden, där det alltså krävs en tillräckligt klar överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket för att skadeståndsansvar ska kunna aktualiseras.

---

45 Se EFTA-domstolens dom i mål E-7/18, *Fosen-Linjen II*, punkt 117.

### 3.1.8 SKYDDSVÄRDA INTRESSEN – NÅGOT OM VILKA SKADESTÅNDS- ANSPRÅK SOM ERKÄNNES AV RÄTTSDRÖNINGEN

Ovan har beskrivits huvuddragen kring skadeståndsansvar för upphandlingsfel i annonserade förfaranden. En anslutande fråga av intresse är bedömningen av det alternativscenario som en klagande leverantör åberopar till stöd för att den skulle ha fått kontraktet i en upphandling om det inte vore för myndighetens upphandlingsfel.

I Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål 6007-21 var det fråga om en upphandling, genomförd av Västra Götalandsregionen ("VGR"), avseende medicintekniska produkter. VGR fattade beslut om tilldelning av ramavtal bland annat till anbudsgivaren Nordic Med-Com AB ("Nordic Med-Com").

Fresenius Medical Care Sverige AB ("Fresenius") ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet och gjorde gällande att anbudet från Nordic Med-Com rätteligen skulle förkastas. VGR fick dock inte besked från förvaltningsrätten om att en ansökan om överprövning inkommit, dvs. att en förlängd avtalsspärr hade inträtt, utan tecknade avtal med Nordic Med-Com i enlighet med tilldelningsbeslutet. Fresenius justerade därför sin talan till att avse ogiltigförklaring av ramavtalet.

Förvaltningsrätten kom fram till att förutsättningarna för ogiltigförklaring av ramavtalet var uppfyllda, men att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse, varför avtalet med Nordic Med-Com fick bestå. Fresenius överklagade domen till Kammarrätten i Göteborg, som beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Fresenius väckte därefter talan om skadestånd mot VGR. Fresenius yrkade bland annat på ersättning för det positiva kontraktsintresset, då Fresenius menade att Fresenius sannolikt gått miste om ramavtalet på grund av VGR:s felaktiga tilldelningsbeslut.

Vid prövningen i hovrätten var parterna överens om att VGR agerat i strid med LOU genom att felaktigt acceptera anbudet från Nordic Med-Com. VGR invände dock att anbudet från Fresenius också borde ha förkastats, och att det därför inte fanns något orsakssamband mellan upphandlingsfelet och Fresenius eventuella skada.

Vid hovrättens bedömning av Fresenius anbud kom domstolen fram till att Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. I målet var det dock ostridigt mellan parterna att VGR vid flera upphandlingar, såväl före som efter den tvistiga upphandlingen, hade accepterat väsentligen likadana anbud från Fresenius. Fresenius menade därför att Fresenius, i ett "hypotetiskt kontrafaktiskt scenario" skulle ha vunnit upphandlingen. Något tillspetsat beskrivet menade Fresenius att VGR sannolikt skulle ha bortsett från bristen i Fresenius anbud, och att Fresenius därvid skulle fått tilldelning.



Hovrätten avfärdade dock det argumentet. Enligt hovrätten följer det av den så kallade normskyddsläran att en skada som faller utanför skyddsändamålet med en skadeståndsregel inte kan vara ersättningsgill. Hovrätten uttalade därvid följande:

*En ordning där skadestånd intill det positiva kontraktsintresset skulle kunna tillerkännas en anbudsgivare som inte uppfyller anbudskriterierna, överensstämmer inte med direktivets syften att främja likabehandling av anbudsgivare och maximera konkurrensutsättningen på den inre marknaden. Det skulle tvärtom stå i strid med grunderna för upphandlingsrätten.*

Hovrätten konstaterade vidare att kravet på orsakssamband innebär att en klagande leverantör ska kunna visa att anbudet uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen för att kunna tillerkännas skadestånd. Det sänkta beviskrav som gäller för att få skadestånd för det positiva kontraktsintresset, dvs. att leverantören ska göra sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet, ska inte tillämpas vid bedömningen av om leverantörens anbud rätteligen skulle ha förkastats.

Eftersom Fresenius inte hade visat att anbudet uppfyllde samtliga obligatoriska krav ansågs Fresenius skadeståndstalan mot VGR ha som huvudsakligt syfte att säkerställa ett skadestånd som inte omfattas av syftena (skyddsändamålet) med det upphandlingsrättsliga regelverket. Mot den bakgrunden ansåg hovrätten att det saknades ett adekvat orsakssamband mellan upphandlingsfelet (att acceptera anbudet från Nordic Med-Com) och Fresenius påstådda skada. Hovrätten ogillade därför Fresenius talan.

## 3.2 Otillåten direktupphandling

### 3.2.1 INLEDNING

Som angetts ovan kan leverantörer ha rätt till skadestånd även i situationer där det inte förekommit något formellt upphandlingsförfarande överhuvudtaget, dvs. när en upphandlande myndighet har genomfört en otillåten direktupphandling.

Om värdet av ett avtal överstiger den så kallade direktupphandlingsgränsen<sup>46</sup> är utrymmet för tillåtna direktupphandlingar mycket begränsat.<sup>47</sup> Om en upphandlande myndighet gör en direktupphandling trots att upphandlingen rätteligen borde ha annonserats har den gjort

---

46 I LOU uppgår direktupphandlingsgränsen för varor, tjänster och byggentreprenader till 700 000 kr.

47 Ett exempel på en tillåten situation är när det på grund av tekniska skäl eller ensamrätt endast existerar en enda leverantör som kan tillhandahålla det som ska upphandlas. Ett annat exempel är när det på grund av synnerlig brådska inte finns tid att genomföra ett annonserat förfarande och den uppkomna brådskan vare sig orsakats eller kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

sig skyldig till en så kallad otillåten direktupphandling<sup>48</sup> – vilket ofta brukar beskrivas som en av de allra allvarligaste överträdelserna av upphandlingsreglerna.<sup>49</sup>

När en upphandlande myndighet genomfört en otillåten direktupphandling är det således fråga om ett upphandlingsfel, vilket i sig kan grunda en rätt till skadestånd för den som lidit skada. Potentiellt skadelidande är i princip alla leverantörer på den aktuella marknaden som kunde ha varit intresserade av att delta i upphandlingen och tävla om kontraktet vid konkurrensutsättning enligt upphandlingsreglerna. Att vara *potentiellt skadelidande* ska emellertid inte förväxlas med att vara *faktiskt skadelidande*. Den skada för en leverantör som ska ersättas efter en otillåten direktupphandling är nämligen att leverantören gått miste om kontraktet på grund av upphandlingsfelet.

Det säger sig självt att det i praktiken kan vara mycket svårt att fastställa vilken leverantör som skulle ha vunnit upphandlingen om den upphandlande myndigheten hade konkurrensutsatt avtalet, istället för att direktupphandla. Även om en viss leverantör är verksam på den marknad som direktupphandlingen avsåg och regelbundet deltar i upphandlingar av liknande slag blir det ofta en i högsta grad hypotetisk övning att försöka fastställa om den leverantören verkligen skulle ha vunnit en annonserad upphandling.

Det går till exempel inte att exakt veta vilka krav och tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten skulle ha använt sig av vid en annonserad upphandling. Det går inte heller att veta hur många anbudsgivare som skulle ha deltagit i upphandlingen och hur konkurrenskraftiga deras respektive anbud skulle ha varit.

Dessa omständigheter är av mycket stor betydelse vid bedömningen om en viss leverantör gått miste om kontraktet och osäkerhetsfaktorerna är således betydande vid bedömningen av om en viss leverantör, som yrkar skadestånd, lidit skada till följd av den otillåtna direktupphandlingen. Det är mot bakgrund av dessa osäkerhetsfaktorer som det finns en viss lättnad i beviskraven jämfört med vad som normalt gäller i skadeståndsmål, se avsnitt 2.3 ovan.

### 3.2.2 HÖGSTA DOMSTOLENS PRAXIS

Högsta domstolen har genom framför allt två vägledande avgöranden

---

<sup>48</sup> Begreppet otillåten direktupphandling är måhända inte helt terminologiskt korrekt, när det används för otillåtna kontraktstilldelningar inom det direktivstyrda området. Detta eftersom *direktupphandling* är ett upphandlingsförfarande som endast finns enligt bestämmelserna för icke-direktivstyrda upphandlingar. Motsvarande förfarande inom det direktivstyrda området är *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. En mer precis terminologi, för såväl det direktivstyrda som det icke-direktivstyrda området, skulle därför vara otillåten direkttilldelning eller, för den som vill göra skillnad mellan det direktivstyrda och det icke-direktivstyrda området, otillåten direktupphandling respektive otillåtet förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Av förenklings skull, och eftersom begreppet otillåten direktupphandling utgör del av det allmänna språkbruket på upphandlingsområdet, använder vi det genomgående i denna rapport.

<sup>49</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 396. Se även HFD 2014 ref. 69.

fastslagit förutsättningarna för att en leverantör ska ha rätt till skadestånd när en upphandlande myndighet har gjort en otillåten direktupphandling.

Första gången Högsta domstolen prövade en upphandlande myndighets skadeståndsansvar vid otillåten direktupphandling var i avgörandet "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712.

Bakgrunden var att en kommun hade ingått ett avtal om städtjänster med en viss leverantör utan att göra någon föregående konkurrensutsättning av kontraktet. En annan leverantör ("Leverantören") väckte talan och yrkade att kommunen skulle utge skadestånd med 888 888 kr jämte ränta. Som grund för yrkandet angavs att om kommunen hade annonserat upphandlingen, skulle Leverantören ha kunnat lämna anbud och då haft möjlighet att få uppdraget. Det yrkade skadeståndsbeloppet motsvarade den vinst som Leverantören skulle ha haft om den tilldelats kontraktet, dvs. utebliven vinst.

Högsta domstolen uttalade att när en leverantör yrkar ersättning för något annat än nedlagda kostnader, måste beviskravet vara högre än om skadeståndet enbart avsåg nedlagda kostnader för att delta i upphandlingen. Samtidigt måste det å ena sidan beaktas att ett krav på att leverantören alltid ska styrka att just den förlorat kontraktet till följd av överträdelsen skulle medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad. Å andra sidan skulle ett sänkt beviskrav ofrånkomligen medföra en risk för en upphandlande myndighet att tvingas betala ersättning till flera leverantörer, trots att endast en av dessa leverantörer skulle kunna ha fått kontraktet.

Mot den bakgrunden uttalade Högsta domstolen, som en allmän princip för beräkningen av skadeståndet, att ersättningen ska utgå med ett med hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat *skäligt kontraktsbelopp*. En sådan princip lämnar utrymme för att beakta om även andra leverantörer haft goda möjligheter att tilldelas kontrakt. Av dessa skäl angav Högsta domstolen att det bör vara tillräckligt att leverantören kan visa att det är sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att kunna få skadestånd för mer än nedlagda kostnader.

Vad gällde Leverantörens talan uttalade Högsta domstolen att beviskraven för att en leverantör har förlorat kontraktet till följd av en otillåten direktupphandling inte kan ställas lägre än vad som gäller vid överträdelser i samband med ett anbudsförfarande.

Leverantören hade gett in ett hypotetiskt anbud, dvs. uppgifter om hur dess anbud skulle ha varit utformat om upphandlingen hade konkurrensutsatts. Högsta domstolen uttalade att det självfallet är svårt att bedöma hur anbuden hade varit utformade vid ett anbudsförfarande men fann ändå att Leverantören inte förmått göra det sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av kommunens direktupphandling. Högsta domstolen fastställde därmed hovrättens domslut.

Den andra gången som Högsta domstolen fick tillfälle att uttala sig om en leverantörs rätt till skadestånd i situationen när en upphandlande myndighet ingått avtal utan föregående annonsering var i avgörandet "Ishavet" NJA 2007 s. 349.

I det fallet grundades dock inte skadeståndsanspråket på en direktupphandling. Det var istället fråga om en annonserad upphandling av övningsfartyg där två leverantörer hade inkommit med anbud. Vid utvärderingen av anbudena frångick den upphandlande myndigheten de bestämda villkoren i upphandlingen och tilldelade inte kontraktet till den anbudsgivare som hade det mest konkurrenskraftiga priset. Av det skälet väckte den förfördelade anbudsgivaren talan om skadestånd och yrkade ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset.

I Ishavet var det alltså fråga om ett upphandlingsfel vid ett annonserat förfarande. Trots det, och utan att det egentligen var nödvändigt i målet, gjorde Högsta domstolen dock vissa ytterligare uttalanden som har direkt betydelse för skadeståndsanspråk vid otillåten direktupphandling. Högsta domstolen uttalade att det inte är lika lätt att fastställa vilken leverantör som skulle ha tilldelats kontrakt när den upphandlande myndigheten inte infordrat några anbud. Oftast går det inte att fastställa om det finns någon leverantör som sannolikt skulle ha fått kontraktet om upphandlingen annonserats.

För att inte de upphandlande myndigheternas skyldighet att infordra anbud ska urholkas, uttalade Högsta domstolen därför att leverantörer som i en sådan situation "*sannolikt skulle ha lämnat ett anbud*" och som då skulle ha haft en "*realistisk möjlighet att erhålla kontraktet*" bör kunna få skadestånd. Det skadeståndet kan behöva uppgå till mer än nedlagda kostnader, varför en skönsässig bedömning i enlighet med vad som angetts i Högsta domstolens praxis är påkallad. Det krävs dock inte att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören ska kunna få skadestånd med ett högre belopp än vad som motsvarar de kostnader som den haft.

Högsta domstolen har alltså i avgörandet Ishavet förtydligat sin praxis från Tvättsvamparna, där det angavs att leverantören var tvungen att göra sannolikt att den förlorat kontraktet på grund av myndighetens upphandlingsfel. Av Ishavet framgår att vad leverantören måste göra sannolikt är att den hade inkommit med anbud, dvs. deltagit i upphandlingen om den hade annonserats. Om leverantören lyckas med detta räcker det att leverantören visar att den haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt. Leverantören kan då få skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset.

Sammanfattningsvis har Högsta domstolen genom de två avgörandena Tvättsvamparna och Ishavet satt ramarna för den rättsliga bedömningen när en leverantör väcker talan om skadestånd på grund av att en upphandlande myndighet ingått avtal med en annan leverantör genom en otillåten direktupphandling.

Det finns också en rad därpå följande avgöranden i mål om upphandlingsskadestånd från hovrätterna. I det följande kommer några intressanta avgöranden ur denna praxis att refereras och kommenteras, eftersom de ger en god bild av hur Högsta domstolens riktlinjer från Tvättsvamparna och Ishavet har tillämpats i olika situationer där otillåten direktupphandling förekommit.

### 3.2.3 PRAXIS FRÅN HOVRÄTTERNA

#### Hovrätten för Nedre Norrland mål nr T 57-18

Bakgrunden var att en kommun vid två tillfällen annonserade en upphandling av båttrafik. I båda upphandlingarna inkom två anbud. Båda upphandlingarna avbröts dock. Kommunen direktupphandlade sedan båttrafik från en av anbudsgivarna. Den andra anbudsgivaren ("Leverantören") ansökte om överprövning av upphandlingen men ansökan avslogs av förvaltningsrätten på grund av att kontraktsvärdet bedömdes understiga direktupphandlingsgränsen.

Leverantören väckte talan om skadestånd på den grunden att kommunen brutit mot LOU och att detta medfört skada i form av utebliven vinst.

Hovrätten bedömde först frågan om kommunen gjort någon överträdelse och fann att upphandlingens kontraktsvärde översteg direktupphandlingsgränsen. Det var därför fråga om en otillåten direktupphandling och kommunen hade brutit mot LOU. Nästa fråga för hovrätten att bedöma var om kommunens överträdelse medfört skada för Leverantören. Vad som då först skulle prövas var vad som rent hypotetiskt hade skett om kommunen istället för att direktupphandla hade gjort en ny konkurrensutsatt upphandling. Hovrätten fann att Leverantören inte kunnat göra sannolikt att den hade tilldelats kontrakt i ett sådant scenario. Vad hovrätten bland annat beaktade var att det var osäkert vilka kriterier som skulle ha tillämpats vid en hypotetisk upphandling samt att Leverantörens anbudspris vid senare tillfällen varit högre än dess konkurrent.

Eftersom det inte var visat att Leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen kunde ersättning utifrån det positiva kontraktshintresset inte utgå (jfr "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712). Hovrätten gick därefter över till att pröva om Leverantören gjort sannolikt att den hade inkommit med anbud om kommunen gjort en ny konkurrensutsättning och om Leverantören då haft en realistisk möjlighet att få kontraktet (jfr "Ishavet" NJA 2007 s. 349). Eftersom Leverantören tidigare deltagit i kommunens upphandlingar av båttrafik bedömdes det som sannolikt att den skulle ha lämnat anbud. Vidare hade det framgått av utredningen att det sedan lång tid tillbaka endast varit två anbudsgivare som deltagit i upphandlingarna. Leverantören ansågs därför ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet. Därmed var kommunen i och för sig skadeståndsskyldig.

Hovrätten övergick därefter till att pröva skadans storlek. Eftersom

Leverantören inte hade rätt till ersättning motsvarande det positiva kontraktintresset skulle skadeståndet avgöras utifrån en skönsmässig bedömning och ersättningen skulle bestämmas till ett skäligt belopp (jfr "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712 och "Ishavet" NJA 2007 s. 349). Leverantören hade dock inte åberopat någon bevisning som styrkte storleken på den påstådda uteblivna vinsten. Leverantören ansågs därför inte ha visat att den drabbats av någon ekonomisk skada och hade därmed inte någon rätt till skadestånd.

Utifrån hovrättens bedömning kan det konstateras att det är svårt för en leverantör att göra sannolikt att den skulle ha gett in det bästa anbudet om upphandlingen hade annonserats och att leverantören således gått miste om kontraktet på grund av upphandlingsfelet. I det aktuella fallet fanns det en historik av liknande upphandlingar, men hovrätten bedömde att det ändå var osäkert vilka kriterier som skulle ha tillämpats om upphandlingen hade annonserats. Att Leverantören vid senare upphandlingar haft högre anbudspris än sin konkurrent påverkade också bedömningen. Rättsfallet visar också hur viktigt det är att den part som yrkar skadestånd tydligt kan redovisa storleken på den skada som den anser sig ha lidit.

Intressant att notera är också att det var Leverantören, och alltså inte kommunen, som ansågs ha bevisbördan för att det var fråga om en otillåten direktupphandling. Detta trots att upphandlande myndigheter, i överprövningsmål vid allmän förvaltningsdomstol, har skyldighet att visa att deras direktupphandlingar är tillåtna. Hovrätten fann alltså att det fanns skäl att tillämpa en omvänd bevisbörda i skadeståndsmål i den frågan.

#### Hovrätten för Övre Norrland T 417-20

Ett antal nämnder inom en kommun ingick sammanlagt tio olika avtal avseende skrivartjänster. Avtalen ingicks genom direktupphandling eftersom kontraktsvärdena, sedda var för sig, var under gränsen för direktupphandling. En leverantör ("**Leverantören**") ansökte om överprövning av de direktupphandlade avtalen. Förvaltningsrätten fann att värdet av samtliga kontrakt skulle läggas samman och att upphandlingen därför skulle ha annonserats enligt LOU. De olika nämnderna ansågs alltså inte utgöra självständiga upphandlande myndigheter i förhållande till kommunen när det gällde upphandling av skrivartjänster. Förvaltningsrätten förordnade därför om ogiltighet av de direktupphandlade avtalen. Kommunen överklagade inte förvaltningsrättens dom, men nämnderna fortsatte att tillämpa avtalen.

Leverantören väckte då talan och yrkade ersättning för den skada Leverantören orsakats till följd av kommunens upphandlingsfel. Det yrkade beloppet uppgick till 777 499 kronor.

Hovrätten konstaterade inledningsvis att de olika avtalen skulle ha upphandlats samordnat, vilket i sin tur innebar att kontraktsvärdet med råge överskridit gränsen för direktupphandling. Kommunen hade därmed gjort en otillåten direktupphandling.

Vad gällde frågan om Leverantörens vinstchanser för det fall att upphandlingen blivit konkurrensutsatt anmärkte hovrätten att bedömningen var hypotetisk. Hovrätten fann dock att Leverantören sannolikt skulle ha placerat sig på någon av de tre första platserna i en upphandling. Det var dock inte tillräckligt för att kunna konstatera att Leverantören sannolikt skulle ha vunnit upphandlingen. Leverantören hade därför inte rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset.

Däremot var det sannolikt att Leverantören skulle ha lämnat anbud vid en hypotetisk upphandling och då haft en realistisk möjlighet att vinna upphandlingen. Leverantören kunde därför ha rätt till ett skäligt uppskattat skadeståndsbelopp med beaktande bland annat av överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst. I målet fanns en relativt omfattande utredning och bevisning angående beräkningen av den uteblivna vinsten och hovrätten godtog det av Leverantören uppskattade beloppet om 777 499 kronor.

Enligt hovrättens mening var en lämplig utgångspunkt för bedömningen av ett skäligt uppskattat skadeståndsbelopp Leverantörens uppskattade uteblivna vinst jämförd med Leverantörens utsikter att placera sig bra i en ny upphandling.

Mot bakgrund av de uppgifter som framkommit vid utredningen bedömde hovrätten att Leverantören sannolikt skulle ha placerat sig som etta, tvåa eller trea vid en ny upphandling. Med beaktande av den uteblivna vinsten jämförd med de goda utsikterna att placera sig bra i en ny upphandling bedömde hovrätten att ett skäligt uppskattat belopp låg någonstans mellan 400 000 och 500 000 kronor. Därutöver beaktade hovrätten, i höjande riktning, kommunens flagranta överträdelse av upphandlingsreglerna och uppenbara domstolstrots. Med hänsyn till även dessa omständigheter fann hovrätten att Leverantören skulle tillerkännas ett skäligt uppskattat skadeståndsbelopp om 600 000 kronor.

I det här målet hade, som framgått ovan, parterna olika uppfattningar i frågan om huruvida det var en otillåten direktupphandling. Hovrätten gjorde dock inte några uttalanden om bevisbördans placering, utan hänvisade till de omständigheter som framgått av utredningen i målet och gjorde sin rättsliga bedömning, dvs. att det var fråga om en otillåten direktupphandling, utifrån dessa.

Vad som också är värt att notera i målet är att hovrätten beaktade att kommunen gjort en tydlig överträdelse av LOU och dessutom inte rättat sig efter en tidigare dom från förvaltningsrätten, utan fortsatt att tillämpa avtalen trots att de förklarats ogiltiga. Det var en omständighet som hade betydelse vid skälighetsbedömningen av skadeståndets storlek och påverkade beloppet i höjande riktning. Hovrätten ansåg efter en skälighetsbedömning att Leverantörens uteblivna vinst i sig kunde uppskattas till ett belopp i intervallet 400 000 – 500 000 kronor. Trots detta bestämdes skadeståndets storlek alltså till 600 000 kronor – med andra ord en betydande höjning i relation till den uppskattade

uteblivna vinsten. Hovrätten fäste således stor vikt vid det faktum att kommunen gjort sig skyldig till en allvarlig överträdelse av regelverket och dessutom fortsatt att tillämpa avtal som hade ogiltigförklarats av förvaltningsrätten.

Som vi utvecklade i avsnitt 2.3 ovan, har Högsta domstolen emellertid uttalat att lagens utformning inte medger att överträdelsens karaktär har betydelse vid utdömandet av skadeståndet, vare sig i höjande eller sänkande riktning.<sup>50</sup> Det kan därför ifrågasättas om hovrättens skälighetsbedömning i målet överensstämmer med Högsta domstolens praxis.

#### Svea hovrätt nr T 6641-17

Bakgrunden till skadeståndsmålet var att den upphandlande myndigheten, ett kommunalt bostadsföretag, hade skyldighet att avropa hyresgästenkäter från ett ramavtal. Myndigheten ingick därefter ett avtal med en annan leverantör än den som var rangordnad på första plats i ramavtalet. Den leverantör som var rangordnad på första plats ("Leverantören") väckte då talan om skadestånd för den vinst som uteblivit på grund av det felaktiga avropet.

Parterna var överens om att Leverantören hade förbigåtts vid avropet. Myndigheten invände dock bland annat att Leverantören inte hade kunnat leverera en avtalsenlig tjänst och därmed inte lidit någon skada av överträdelsen av LOU (dvs. kontraktsbrottet).

Hovrätten konstaterade inledningsvis att Leverantören hade rätt att bli försatt i samma ekonomiska läge som den hade varit i om den fått det avropade uppdraget. Myndigheten skulle alltså betala det belopp som Leverantören hade fått om den tilldelats kontraktet, med avdrag för dels kostnader för att utföra uppdraget, dels intäkter som Leverantören skaffat, eller kunnat skaffa, sig på annat håll, med avdrag för kostnader. Parterna var överens om att det pris som skulle ha avtalats om Leverantören fått kontraktet var 718 130 kronor.

Även om det är den skadelidande som har bevisbördan för sin påstådda skada ansåg hovrätten att det var upp till myndigheten att styrka sitt påstående om att Leverantören inte hade kunnat fullgöra sina skyldigheter vid ett ingånget avtal och att Leverantören därmed inte hade rätt till det yrkade beloppet. Mot bakgrund av den utredning som lagts fram i målet fann hovrätten att det inte var styrkt att Leverantören inte hade kunnat leverera en avtalsenlig tjänst.

Skadeberäkningen skulle därför utgå från den ostridiga kontraktssumman 718 130 kronor. Från det beloppet skulle dock Leverantörens kostnader dras bort. Hovrätten fann i det avseendet att Leverantören hade styrkt att dess kostnader för att utföra uppdraget hade uppgått till 360 851 kronor. Av den bevisning som myndigheten åberopat

---

50 "Ishavet" NJA 2007 s. 349.



framgick det inte att Leverantören skaffat, eller kunnat skaffa, sig intäkter från annat håll. Vid beräkningen av skadestånd skulle således inte något avdrag för det göras.

Hovrätten fann därmed att myndigheten skulle ersätta Leverantören för dess skada till följd av kontraktsbrottet med 357 279 kronor (718 130 – 360 851).

Det bör noteras att det inte var tvistigt mellan parterna att det förekommit upphandlingsfel när avrop från ramavtalet gjordes. Däremot hade de skilda uppfattningar i frågan om Leverantören hade kunnat leverera tjänsten så som den avtalats och alltså hade rätt till full ersättning enligt ramavtalet. I den frågan, som alltså avsåg en skadeinvändning, fann hovrätten att det var klarlagt att Leverantören haft rätt till de aktuella avropen och vilken ersättning som skulle utgå. Bevisbördan lades därför på den upphandlande myndigheten, som hade att styrka att Leverantören inte hade kunnat fullgöra sina skyldigheter om Leverantören erhållit avropen. Hovrätten angav att en sådan placering av bevisbördan låg i linje med vad som allmänt gäller vid påståenden om fel i en vara eller tjänst.

#### Svea hovrätt nr T 10286–14

Bakgrunden var att en kommun hade upphandlat ett ramavtal avseende måleriarbeten där avtal ingicks med fem leverantörer. Avropsföreskrifterna innebar att den leverantör som lämnat det bästa anbudet skulle rangordnas som etta. Leverantören som rangordnades på första plats skulle enligt ramavtalets fördelningsnyckel inte erhålla samtliga beställningar, men en större del av den årliga avropsvolymen skulle avropas från leverantören på första plats jämfört med leverantören på andra plats. Leverantören på andra plats skulle sedan erhålla fler avrop än leverantören på tredje plats osv.

Den leverantör som var rangordnad på första plats ("Leverantören") reagerade under det första året på att avropen blivit färre än förväntat. Efter en genomgång kunde det konstateras att kommunen avropat arbeten i strid med fördelningsnyckeln. Leverantören väckte därför talan om skadestånd mot kommunen och yrkade ersättning med 591 643 kronor. Leverantören gjorde gällande att de avrop från kommunens sida som inte var enligt fördelningsnyckeln var att betrakta som otillåtna direktupphandlingar och att detta upphandlingsfel orsakade Leverantören skada av i form av intäkter som uteblivit eftersom den gått miste om avrop.

Hovrätten fann inledningsvis att fördelningsnyckeln inte kunde tolkas som att Leverantören hade rätt erhålla samtliga avrop utan endast rätt till fler avrop än den leverantör som rangordnats tvåa. Hovrätten bedömde därefter att nyckeln tillät kommunen alltför stor skönsmässighet vid avrop. Genom utformningen av fördelningsnyckeln och det sätt på vilket den tillämpats ansågs kommunen därför ha åsidosatt bestämmelserna i LOU. Om nyckeln inte hade tillämpats, skulle Leveran-

tören i enlighet med LOU ha tilldelats samtliga uppdrag i första hand.

Hovrätten ansåg således att Leverantören gått miste om de intäkter som ett med LOU förenligt avtal skulle ha inbringat. Hovrätten hänvisade till "Ishavet" NJA 2007 s. 349, dvs. till att anbudsgivare, som skulle ha fått kontraktet vid en korrekt genomförd upphandling, är berättigade till skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset. Detta innebär att Leverantören i och för sig hade lidit skada och haft rätt till ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset.

Hovrätten fann dock skäl att jämka skadeståndsbeloppet till noll (0) kr, se vidare i avsnitt 5 nedan. Hovrättens avgörande innehåller också en bedömning av den intressanta frågan om när enskilda avrop från ett ramavtal ska anses preskriberade, se avsnitt 2.5 ovan.

#### Svea Hovrätt nr T 5214–17

En kommun ingick efter direktupphandling avtal med tre olika leverantörer angående hyra av gräsklippningsmaskiner. En fjärde leverantör ("**Leverantören**"), som alltså inte hade fått ingå hyresavtal med kommunen, anförde att det var fråga om otillåtna direktupphandlingar och att den lidit skada till följd av kommunens upphandlingsfel. Om kommunen hade annonserat upphandlingen ansåg Leverantören att den sannolikt skulle ha tilldelats hyresavtalen. Leverantören yrkade ersättning hos allmän domstol med 4 686 635 kr för utebliven vinst.

Hovrätten konstaterade till att börja med att det var ostridigt att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå avtal om att hyra gräsklippare. Kommunens agerande var alltså i strid med LOU och kunde leda till skadeståndsansvar.

Det var Leverantören som skulle bevisa att kommunens otillåtna agerande orsakat leverantören skada. För att erhålla ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset krävdes även att Leverantören kunde göra det sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av överträdelsen (se "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712 och "Ishavet" NJA 2007 s. 349).

Hovrätten anmärkte att det uppkom frågor i målet om vad som hade hänt om kommunen hade följt LOU och infordrat anbud och att flera av dessa frågor var beroende av hur ett sådant hypotetiskt händelseförlopp hade gestaltat sig.

Hovrätten hänvisade till rättsfallet "BDO" NJA 2014 s. 272, där Högsta domstolen uttalat sig om bland annat principerna för bestämningen av ett hypotetiskt händelseförlopp. Hovrätten uppfattade mot den bakgrunden rättsläget så att man vid bedömningen skulle ta fasta på vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling. Om flera händelseförlopp då skulle framstå som närliggande och rimliga bör bedömningen baseras på den händelseutveckling som framstår som mest sannolik.

Vad gäller frågan om Leverantören hade gjort sannolikt att den förlorat kontraktet uttalade hovrätten att det rådde betydande osäkerhet om vad som hade hänt om kommunen hade infordrat anbud för hyra av gräsklippare utan förare. Det hade nämligen framgått att ingen av parterna tidigare anordnat eller deltagit i en sådan upphandling. De tidigare upphandlingarna hade istället avsett gräsklippningsentreprenader.

Enligt hovrättens bedömning föreföll det som närliggande och rimligt att anta att åtminstone några av de näringsidkare som i tidigare upphandlingar lämnat anbud avseende gräsklippningsentreprenad också skulle ha varit intresserade av att lämna anbud avseende uthyrning av gräsklippare. Prövningen av om Leverantören gjort sannolikt att den gått miste om kontraktet skulle därför ske mot den bakgrunden.

Hovrätten angav att det fanns flera osäkerhetsfaktorer vid bedömningen, exempelvis angående vilka kriterier som skulle ha preciserats i den hypotetiska upphandlingen, hur många anbudsgivare som skulle ha deltagit i den och hur Leverantören skulle ha stått sig i konkurrensen. Sammantaget bedömdes utredningsläget därmed vara sådant att Leverantören inte ansågs ha gjort sannolikt att den gått miste om kontrakt på grund av kommunens upphandlingsfel.

Eftersom Leverantören alltså inte ansågs berättigad till skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset övergick hovrätten till att pröva om det fanns rätt till ett skönsmässigt beräknat skadestånd. För det krävdes att Leverantören gjort sannolikt att den skulle ha lämnat anbud vid ett annonserat förfarande samt att den då haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt.

I den delen fann hovrätten att Leverantören gjort sannolikt att den skulle ha lämnat anbud om kommunen hade infordrat anbud i en upphandling av hyra av gräsklippare.

Kommunen hade anfört att den vid en hypotetisk upphandling skulle ha delat upp upphandlingen på flera delkontrakt och att den skulle ha tillämpat lägsta pris som grund för tilldelning. Hovrätten godtog detta och utgick från att kommunen vid en hypotetisk upphandling skulle ha tilldelat tre delkontrakt. Vidare utgick hovrätten från att Leverantören då skulle ha offererat ett timpris om 550 kronor. Vid en jämförelse med de direktupphandlade hyresavtalen framkom att timpriserna uppgick till 330 respektive 770 kronor.

Trots att det fanns skäl att utgå från att ett flertal näringsidkare skulle ha lämnat anbud och att ett upphandlingsförfarande måste antas leda till ökad konkurrens och därmed lägre priser ansåg hovrätten att det framstod som rimligt att Leverantören skulle ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas ett av tre delkontrakt.

Kommunen var därmed i princip skadeståndsskyldig mot Leverantören. Skadeståndet skulle bestämmas efter en skönsmässig bedömning. Som utgångspunkt för den bedömningen uppskattade hovrätten först

vad Leverantörens positiva kontraktssintresse skulle ha uppgått till och beräknade det till omkring 1,3 miljoner kronor.

Leverantören hade visserligen inte gjort sannolikt att den gått miste om kontraktet, men efter en sammantagen skönsässig bedömning bestämde hovrätten skadeståndet till 1 000 000 kronor. Hovrätten beaktade vid sin bedömning även att kommunen begått en allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen samt att skadeståndsbestämmelserna har både ett preventivt och ett reparativt syfte.

Hovrättens avgörande är enligt vår mening ett bra exempel på hur den rättsliga bedömningen utifrån det hypotetiska händelseförlopp som bedömdes som mest sannolikt kan gå till. Som hovrätten anmärkte fanns det gott om osäkerhetsfaktorer under prövningen. Det skäliga ersättningsbelopp som slutligen fastställdes, dvs. 1 000 000 kronor kan mot den bakgrunden egentligen mest beskrivas som en grov uppskattning där även skadeståndsbestämmelsernas preventiva (dvs. avskräckande) syfte hade betydelse för beloppets storlek. Som tidigare anmärkts, se ovan angående rättsfallet från Hovrätten för Övre Norrland i mål nr T 417-20, framgår det emellertid av Högsta domstolens praxis att överträdelsens karaktär i sig inte ska påverka skadeståndsbeloppets storlek i vare sig höjande eller sänkande riktning. Även i detta mål kan det således finnas anledning att ifrågasätta hovrättens skälighetsbedömning.

## 3.3 Avbruten upphandling

### 3.3.1 INLEDNING

Det finns ingen skyldighet, vare sig i upphandlingslagstiftningen eller i de bakomliggande direktiven, för en upphandlande myndighet att avsluta en upphandling genom att teckna kontrakt.<sup>51</sup>

Som framkommit av EU-domstolens praxis innebär detta dock inte att myndighetens möjligheter att avbryta ett upphandlingsförfarande är helt obegränsade. Av EU-domstolens avgörande i C-92/00, *HI*, framgår dels att det ska ske en prövning av avbrytandebesluts rättsenlighet, dels att denna prövning inte ska begränsas till enbart en prövning av om beslutet är godtyckligt. Som förtydligats ytterligare i mål C-244/02, *Kaupatalo Hansel*, är den upphandlande myndigheten också skyldig att underrätta anbudsgivarna om skälen för sitt avbrytandebeslut samt att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

I Sverige har prövningen av avbrytandebesluts rättsenlighet kommit att göras utifrån om avbrytandebeslutet är motiverat av sakliga skäl.<sup>52</sup> Det är vår bedömning att en sådan prövning tillåter och inbegriper den

---

51 Se C-92/00, *HI*, punkt 41.

52 Se Rå 2008 ref. 35 samt Rå 2009 ref. 43.

prövning av avbrytandebeslutets förenlighet med de grundläggande principerna som EU-domstolens praxis kräver.<sup>53</sup> Såsom praxis, såväl från EU-domstolen som från svenska domstolar, kommit att utvecklas är prövningen av vad som kan utgöra ett sakligt skäl förlåtande och huvudregeln får anses vara att en upphandlande myndighet har ett stort utrymme till självständig bedömning av när en upphandling ska avbrytas. Med detta sagt förekommer det trots allt att avbrytandebeslut underkänns i domstol och frågan uppkommer då om sådana bristfälliga avbrytandebeslut i sig kan utgöra grund för skadestånd. Det är denna fråga som detta avsnitt handlar om.

### 3.3.2 KAN ETT OSAKLIGT AVBRYTANDEBESLUT UTGÖRA GRUND FÖR SKADESTÅND?

Som angetts ovan ska en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Om en upphandlande myndighet har avbrutit en upphandling utan att ha sakliga skäl är det, i vart fall i teorin, möjligt att föra en skadeståndstalan som grundas på den överträdelsen.

I praktiken blir emellertid ett sådant mål svårt att vinna. Det beror i huvudsak på följande faktorer, vilka behandlas var och en för sig nedan.

1. Myndigheten har ett mycket stort bedömningsutrymme vad avser skälen för avbrytande.
2. En skadeståndstalan på grundval av ett avbrytandebeslut måste sannolikt föregås av en ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet.
3. Alternativet till ett ogrundat avbrytande är inte nödvändigtvis att kontrakt ska tecknas.
4. Det är möjligt att avbrytandet ska ses som en bagatellartad överträdelse av de unionsrättsliga principerna.

#### Myndigheten har ett mycket stort bedömningsutrymme vad avser skälen för avbrytande

I EU-domstolens avgörande C-27/98, *Fracasso och Leitschutz*, gjorde

---

<sup>53</sup> Fredrik Morawetz argumenterar i sin avhandling *Avbrutna upphandlingar – ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet (2019), för att prövningen av om ett beslut vilar på sakliga skäl är renodlat nationell och går utöver den prövning som ska ske enligt unionsrätten. Även om Morawetz underbygger sin argumentation med exempel från såväl Högsta förvaltningsdomstolen som kammarrätterna har vi svårt att skilja oss från intrycket att det svenska kravet på att avbrytandebeslut ska vila på sakliga skäl endast är ett sätt att uttrycka det unionsrättsliga kravet på att ett avbrytandebeslut inte får vara godtyckligt eller diskriminerande. Vår bedömning är således att begreppet sakliga skäl är avsett att rymma den bedömning som ska ske enligt unionsrätten men inte nödvändigtvis att uppställa ett strängare krav än vad unionsrätten kräver.

domstolen tydligt att myndigheter har ett mycket stort bedömningsutrymme vad avser möjligheten att inte avsluta ett påbörjat upphandlingsförfarande. EU-domstolen uttalade bland annat att upphandlingsdirektiven *"inte innehåller någon bestämmelse som uttryckligen ålägger den upphandlande myndighet som har inlett ett anbuds-förfarande att tilldela det aktuella kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts lämpad att delta i förfarandet"*.<sup>54</sup> Vidare angav EU-domstolen att möjligheten att avbryta ett påbörjat anbuds-förfarande inte ska begränsas till undantagsfall eller nödvändigtvis ska grundas på allvarliga skäl och att möjligheten till avbrytande *"inte förutsätter att det föreligger allvarliga omständigheter eller undantagsfall"*.<sup>55</sup>

I C-92/00, *HI*, utvecklade EU-domstolen dessa uttalanden och tydliggjorde att det generellt inte finns någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en upphandling. EU-domstolen har också i mål C-440/13, *Croce Amica*, framhållit att skälen för ett avbrytande-beslut kan *"baseras på grunder som har samband med frågan om det av hänsyn till allmänintresset är lämpligt att slutföra ett upphandlingsförfarande mot bakgrund av bland annat eventuella förändringar av den ekonomiska situationen eller de faktiska omständigheterna, eller rentav den upphandlande myndighetens behov"*.<sup>56</sup> Enligt EU-domstolen kan ett avbrytande-beslut *"vidare motiveras av att det rått otillräcklig konkurrens till följd av att det vid slutet av det aktuella upphandlingsförfarandet enbart återstått en anbudsgivare som kunnat genomföra kontraktet"*.<sup>57</sup>

Upphandlande myndigheters stora bedömningsutrymme vid avbrytande har även bekräftats i svensk rättspraxis. I RÅ 2008 ref. 35 fann Högsta förvaltningsdomstolen att det förhållandet att endast ett anbud kvarstår är ett godtagbart skäl att avbryta en upphandling. I RÅ 2009 ref. 43 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen vidare att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling om utvärderingen visat att myndighetens budget för den aktuella tjänsten skulle komma att överskridas.<sup>58</sup>

Genom åren har kammarrätterna prövat ett stort antal olika grunder för avbrytande och i så gott som samtliga fall funnit dem tillräckliga. Exempelvis har Kammarrätten i Sundsvall funnit att den omständigheten att det i en upphandling endast fanns två anbud kvar var tillräcklig grund för avbrytande.<sup>59</sup> Kammarrätten i Jönköping har

---

54 Se C-27/98, *Fracasso och Leitschutz*, punkt 21.

55 Se C-27/98, *Fracasso och Leitschutz*, punkt 25.

56 C-440/13, *Croce Amica*, punkt 35.

57 C-440/13, *Croce Amica*, punkt 35.

58 I kammarrättspraxis finns också flera exempel där en upphandling fått avbrytas med hänvisning till överskriden budget. Se exempelvis Kammarrätten i Jönköping dom i mål nr 899-07 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5317-12.

59 Kammarrätten i Sundsvall dom i mål nr 1702-17. Det finns gott om exempel från kammarrätterna där en upphandling fått avbrytas med hänvisning till att det endast finns ett anbud att utvärdera. Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4828-04; Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 929-07; Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7661-08; Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3226-08; samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4464-12.

funnit att sakliga skäl för avbrytande förelegat när anbudens giltighetstid löpt ut samt när ett underlag saknat en fastställd takvolym.<sup>60</sup> Kammarrätten i Stockholm har i sin tur funnit sakliga skäl för avbrytande redan när det förelåg en rättslig osäkerhet kring om förfrågningsunderlaget utformats i strid med kraven på takvolym.<sup>61</sup> Från såväl Kammarrätten i Jönköping som Kammarrätten i Stockholm finns avgöranden där upphandlingar har fått avbrytas med hänvisning till någon form av brist i det konkurrensuppsökande skedet.<sup>62</sup> Det finns också flera exempel där en upphandling fått avbrytas med hänvisning till myndighetens bedömning att den inte var ägnad att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>63</sup>

Vid de få tillfällen då en prövning av sakliga skäl för avbrytande skett i allmän domstol har denna prövning fallit ut till den upphandlande myndighetens fördel. I detta avseende kan nämnas att Hovrätten för Nedre Norrland funnit att ett upphandlingsförfarande fick avbrytas när det endast kvarstod en anbudsgivare.<sup>64</sup> Vidare har Svea Hovrätt funnit att såväl den omständigheten att anbudens giltighetstid löpt ut samt att det fanns en risk för att den aktuella entreprenaden inte skulle kunna genomföras i tid var för sig utgjorde sakliga skäl för avbrytande.<sup>65</sup>

Denna breda palett av tänkbara skäl för avbrytande gör att det endast är undantagsvis som en domstol överhuvudtaget finner att de av myndigheten angivna skälen inte är tillräckliga. De få exempel som finns på att kammarrätterna har underkänt den upphandlande myndighetens skäl för avbrytande präglas dessutom av särskilda omständigheter, som gör det svårt att dra några generella slutsatser kring vilka grunder för avbrytandebeslut som får anses otillräckliga.<sup>66</sup>

Kort sagt vore det mycket svårt för en leverantör att nå framgång med en skadeståndstalan redan av det skälet att det är svårt att visa att en myndighets beslut om avbrytande inte varit sakligt grundat. Denna utmaning är sannolikt en av huvudanledningarna till att det i princip inte förekommer några skadeståndsmål som grundar sig på avbrytandebeslut, trots att avbrytandebeslut som sådana är förhål-

---

60 Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3217-21 respektive mål nr 3137-20.

61 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1-19.

62 Se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1706-10; Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1498-06; Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 93-12; Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1427-10; Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1054-07; samt Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4614-10.

63 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5375-06; Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6012-17; Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6093-10; Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2078-17; Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 471-472-14; Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3307-11; samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 787-15.

64 Hovrätten för Nedre Norrlands dom i mål nr T 57-18.

65 Svea hovrätts dom i mål nr T 10849-13. Märk att detta avgörande överklagades till Högsta domstolen, "Armémuseum" NJA 2016 s. 369. Högsta domstolen tog dock inte ställning till om de angivna skälen var sakliga.

66 För exempel på mål där kammarrätten funnit att det saknats skäl för avbrytande se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6164-17, Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2053-17, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 139-04, Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4963-09, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4691-12, samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5375-06.

landevis vanliga och trots att de ofta leder till att en leverantör som annars hade kunnat tilldelas kontrakt istället blir utan.

En skadeståndstalan som grundas på ett avbrytandebeslut kan behöva föregås av en ansökan om överprövning

En ytterligare svårighet med att föra en skadeståndstalan avseende ett avbrytandebeslut är att en sådan talan kan behöva föregås av en ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet i förvaltningsdomstol.

I "Armémuseum" NJA 2016 s. 369 fann Högsta domstolen att de skäl för avbrytande som anförts av den upphandlande myndigheten inte sådana att de kunde avskära orsakssambandet mellan det felaktiga tilldelningsbeslut som låg till grund för skadeståndstalan och den skada som leverantören gjorde gällande, dvs. den förlorade möjligheten till kontakt. Högsta domstolen fann vidare att en ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet hade varit meningslös, eftersom den medfört en sådan tidsutdräkt att den entreprenad som upphandlingen avsåg inte längre hade kunnat avslutas i tid. Mot denna bakgrund fann domstolen att det förhållandet att leverantören inte ansökt om överprövning av avbrytandebeslutet inte skulle läggas leverantören till last på så sätt att yrkat skadestånd skulle jämkas.

Det är emellertid långt ifrån säkert att samma resonemang kan föras när det är själva avbrytandebeslutet som utgör den överträdelse som ligger till grund för ett skadeståndsanspråk. I en sådan situation kan det göras gällande att en ansökan om överprövning hade kunnat fylla en reell funktion, eftersom en sådan ansökan hade kunnat leda till att förvaltningsrätten undanröjt det aktuella avbrytandebeslutet. Det går därför inte att säga att Armémuseum undanröjer leverantörers skyldighet att ansöka om överprövning av avbrytandebeslut som ett led i att begränsa sin skada. Tvärtom borde en sådan ansökan ofta vara påkallad om det inte finns särskilda omständigheter som leder till att leverantören kan visa att en ansökan vore onyttig.

Alternativet till ett avbrytande är inte nödvändigtvis att kontrakt ska tecknas

För att nå framgång med en skadeståndstalan krävs som tidigare nämnts att det finns ett orsakssamband mellan den skada som leverantören påstår sig ha lidit och den överträdelse som leverantören gör gällande, se avsnitt 2.3 ovan.

Den skada som kanske ligger närmast till hands för en leverantör att göra gällande är att avbrytandebeslutet lett till att leverantören inte tilldelats ett kontrakt i en offentlig upphandling. Så skulle exempelvis kunna vara fallet om en leverantör i en upphandling lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet men den upphandlande myndigheten, snarare än att tilldela kontrakt till leverantören, väljer att avbryta upphandlingen med hänvisning till att myndigheten ogärna



tilldelar utländska leverantörer kontrakt. Leverantören kan då göra gällande att leverantören, i ett alternativscenari där avbrytandebeslutet inte fattas, hade tilldelats kontrakt i upphandlingen och att leverantörens skada därför består av den potentiella vinst som uteblivit.

Myndigheten kan emellertid då göra gällande att myndigheten i det alternativa scenariot snarare än att tilldela kontrakt, hade avbrutit upphandlingen på en annan grund än den aktuella. På detta sätt kan myndigheten skära av orsakssambandet mellan överträdelsen och den skada som leverantören gör gällande, i vart fall när leverantörens skada består i den förlorade potentiella kontraktstilldelningen.

Om den skada som leverantören gör gällande istället består i onödiga anbuds-kostnader borde det vara lättare för leverantören att nå framgång, i vart fall i den mån de alternativa grunderna för avbrytande är sådana som hade kunnat undvikas av den upphandlande myndigheten. Så kan exempelvis vara fallet om det funnits någon brist i det konkurrensuppsökande skedet eller giltighetstiden för anbudet löpt ut. Exempel på fall då sådan ersättning utgått vid en avbruten upphandling som gjorts om finns bland annat från Svea Hovrätt.<sup>67</sup>

#### Ett felaktigt avbrytande kan vara en bagatellartad överträdelse

Som beskrivits ovan under avsnitt 3.1.5 krävs enligt NJA 2016 s. 358 en tydlig och inte bagatellartad överträdelse av upphandlingsrätten för att skadeståndsansvar ska komma ifråga. Givet det stora utrymme för egen bedömning som upphandlande myndigheter har när det gäller grunderna för avbrytande har det i den juridiska litteraturen ifrågasatts om det ens är möjligt för en upphandlande myndighet att överskrida detta utrymme med en sådan tydlighet att ansvars-skyldighet kan uppkomma. Själva existensen av utrymme för sköns-mässig bedömning talar mot ansvar även när en överträdelse kan konstateras.<sup>68</sup>

Samtidigt kan man tänka sig situationer då grunden för ett avbrytande är så uppenbart i strid med de grundläggande principerna att ansvar ändå måste kunna utkrävas. Så skulle exempelvis kunna vara fallet om skälet för avbrytande är en uttryckt önskan att diskriminera en anbudsgivare enbart på grund av dennes nationalitet.

#### Sammanfattning

Det finns inget principiellt hinder mot att ett avbrytandebeslut i sig kan ligga till grund för ett skadeståndsanspråk enligt LOU. Tvärtom pekar rättspraxis från såväl EU-domstolen som Högsta domstolen på att detta sannolikt är möjligt.

---

<sup>67</sup> Svea hovrätts dom i mål nr T 7298-12.

<sup>68</sup> Morawetz, Fredrik, *Avbrutna upphandlingar – ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet (2019), s. 252-253.

Det finns inte heller något hinder mot att ett avbrytandebeslut kan ge upphov till en skada som överstiger nedlagda anbudskostnader. Skadan kan tänkas uppgå till hela det positiva kontraktsintresset i de fall där leverantören kan göra sannolikt att den skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för det otillåtna avbrytandebeslutet.

De ovan angivna faktorerna gör emellertid sammantaget att det får bedömas som mycket svårt, om än inte omöjligt, för en leverantör att nå framgång med en skadeståndstalan som grundar sig på ett påstående om ett felaktigt beslut om avbrytande. Detta gäller i synnerhet om den skada som leverantören försöker göra gällande utgörs av utebliven vinst från ett kontrakt som leverantören menar att den annars skulle ha tilldelats.

## 3.4 Ogiltighet

### 3.4.1 INLEDNING

Ett avtal som ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska förklaras ogiltigt under vissa omständigheter, bland annat om det slutits utan föregående annonsering, när detta inte varit tillåtet, eller i strid med en avtalsspärr.<sup>69</sup>

Följderna av att ett avtal förklaras ogiltigt är inte bara att samtliga avtalsförpliktelser upphör att gälla och att eventuellt utförda prestationer ska återgå,<sup>70</sup> utan även att den upphandlande myndigheten kan bli skadeståndsskyldig. I det här avsnittet behandlas frågan om rätten till skadestånd för den leverantör som var avtalspart i det ogiltigförklarade avtalet.<sup>71</sup>

Förutsättningarna för skadestånd enligt LOU framgår av avsnitt 2 ovan, och samma förutsättningar gäller även om en leverantör baserar sin skadeståndstalan på ansvarsgrunden ogiltighet. För att en leverantör ska vinna framgång i en skadeståndstalan i detta fall krävs alltså att domstolen fastställer att leverantören har lidit skada till följd av att det ingångna avtalet med myndigheten har ogiltigförklarats.

### 3.4.2 SKADESTÅNDSANSPRÅK SOM FÖLJD AV ATT ETT AVTAL HAR OGILTIGFÖRKLARATS

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet ingått ett avtal med en leverantör utan någon föregående annonsering enligt LOU, trots att detta krävdes. Med andra ord har avtalet ingåtts genom en otillåten direktupphandling. Därefter har en annan leverantör framgångsrikt ansökt om överprövning av avtalet och lyckats få det ogiltigförklarat.

---

69 20 kap. 13-13 b §§ LOU.

70 Prop. 2009/10:180, s. 361.

71 Prop. 2009/10:180, s. 225-226.

Det är generellt svårt att fastställa vilka kostnader som den leverantör, som var myndighetens avtalspart i det ogiltigförklarade avtalet, överhuvudtaget kan få ersättning för i en sådan situation och således även hur skade- och kausalitetsbedömningen kan se ut. I förarbetena till 2010 års överprövningsreform framgår det att lagstiftaren överlät denna fråga till rättstillämpningen.<sup>72</sup>

I motivuttalandena nämns ett antal exempel på situationer där skadestånd kan utgå till en leverantör som drabbats av ogiltighet. Bland annat anges som exempel när en leverantör ingått ett avtal med en upphandlande myndighet och därför ingått ett hyresavtal eller anställningsavtal som har en viss uppsägningstid och som således fortsätter att löpa en viss tid efter att avtalet med den upphandlande myndigheten har upphört att gälla. I en sådan situation har leverantören ådragit sig kostnader som den inte skulle haft om inte det ogiltigförklarade avtalet med den upphandlande myndigheten hade ingåtts.

I förarbetena anges även att det ska göras en bedömning av huruvida leverantören varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse.<sup>73</sup> Eftersom det normalt inte är möjligt att vara i god tro om innehållet i gällande rätt kan det i praktiken vara svårt för leverantören att hävda att den var i god tro när avtalet ingicks.<sup>74</sup> Sannolikt är det främst om leverantören varit i god tro i förhållande till sakomständigheterna som rätt till ersättning föreligger. Så kan exempelvis vara fallet om den upphandlande myndigheten lämnat felaktig eller missvisande information till leverantören som är av betydelse för bedömningen om det var tillåtet att genomföra en direktupphandling.

I det här avseendet är det intressant att nämna EU-domstolens dom i mål C-263/19, *T-Systems Magyarország m.fl.* I målet hade en upphandlande myndighet och dess tilldelade leverantör genomfört en otillåten väsentlig ändring av ett upphandlat avtal. Som påföljd för överträdelsen ålades inte bara den upphandlande myndigheten att betala böter, utan även den tilldelade leverantören. EU-domstolen konstaterade att unionsrätten inte utgör ett hinder mot att också den tilldelade leverantören åläggs att betala böter till följd av åsidosättandet av upphandlingsrätten.

I Sverige är det inte möjligt att rikta sanktioner mot leverantören när en upphandlande myndighet ingått ett avtal i strid med reglerna om annonsering i LOU. EU-domstolens avgörande visar emellertid att det inte bara är myndigheten, utan också leverantören, som kan hållas ansvarig när de båda parterna har ingått ett avtal genom en otillåten direktupphandling. Avgörandet innebär därför enligt vår mening ett stöd för uttalandena i de svenska förarbetena om att det krävs att

---

72 Prop. 2009/10:180, s. 225-226

73 Prop. 2009/10:180, s. 226.

74 Bengtsson, Bertil m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 3 uppl., Jure Förlag, Stockholm (2019), s. 113.

leverantören ska ha varit i god tro när det direktupphandlade avtalet ingicks. En leverantör som inte varit i god tro bör därmed inte vara berättigad till skadestånd om ett avtal har ogiltigförklarats. Samtidigt bör det understrykas att EU-domstolens uttalanden inte utgör något absolut hinder för att den tilldelade leverantören ska ha rätt till skadestånd.

# 4. Ersättning för anbuds- och överprövningskostnader (det negativa kontraktsintresset)

## 4.1 Inledning

Som nämndes i avsnitt 2.3 ovan, kan en upphandlande myndighet vara skyldig att betala skadestånd både i form av det positiva kontraktsintresset och det negativa kontraktsintresset. Vad gäller det negativa kontraktsintresset, tar det sig ofta formen av ersättning för anbuds- och/eller överprövningskostnader.

## 4.2 Ersättning för anbudskostnader

### 4.2.1 ALLMÄNT OM ERSÄTTNING FÖR ANBUDSKOSTNADER

Av LOU:s ordalydelse framgår att en skadelidande leverantör har rätt till skadestånd för sina anbudskostnader, om den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet i upphandlingen.<sup>75</sup> Vid en första anblick kan det framstå som att det är någorlunda ofta som en leverantör kan ha rätt till sådan ersättning. Så är emellertid inte fallet.

Högsta domstolen har alltsedan 2000-talets början preciserat de närmare förutsättningarna för rätten att erhålla skadestånd för anbudskostnader.<sup>76</sup> Detta har lett till att det utvecklats fyra förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en leverantör ska ha rätt till skadestånd för sina anbudskostnader.

1. Den upphandlande myndigheten ska ha brutit mot LOU.
2. Leverantören ska ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet.
3. Den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU ska ha minskat leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet.
4. Leverantörens anbudskostnader ska, på grund av brottet mot LOU, ha blivit "onyttiga".<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> 20 kap. 20 § andra stycket LOU.

<sup>76</sup> "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712, "Fidelia" NJA 2013 s. 762 och "FMV:s upphandling" NJA 2018 ref. 1127.

<sup>77</sup> "FMV:s upphandling" NJA 2018 ref. 1127, punkt 25.

#### 4.2.2 DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN SKA HA BRUTIT MOT LOU

Om det skett en överträdelse av LOU är, av naturliga skäl, en fråga som bedöms enligt LOU:s materiella regler (i motsats till de processuella reglerna). Det kan exempelvis röra sig om att ett anbud felaktigt antagits eller förkastats, att det skett en otillåten direktupphandling eller att en upphandling avbrutits utan sakliga skäl.

#### 4.2.3 LEVERANTÖREN SKA HA HAFT EN REALISTISK MÖJLIGHET ATT TILDELAS KONTRAKTET

Om det skett en överträdelse av LOU, är utgångspunkten att enbart den eller de leverantörer som haft en realistisk möjlighet att tilldelas det aktuella kontraktet kan ha rätt till skadestånd. En leverantör som inte haft någon som helst möjlighet att tilldelas kontraktet har, omvänt uttryckt, ingen rätt till skadestånd för sina anbuds kostnader, även om det skett en överträdelse av LOU.<sup>78</sup> I en sådan situation föreligger nämligen inget orsakssamband mellan överträdelsen av LOU och den omständigheten att leverantören inte tilldelades kontraktet. Detta kan liknas vid det så kallade skaderekvisit som gäller i överprövningsmål.<sup>79</sup>

##### Exempel

En leverantör har fått sitt anbud förkastat på grund av bristande ska-kravsuppfyllelse. Leverantören ansöker om överprövning av upphandlingen. Domstolen bedömer att leverantören faktiskt har uppfyllt samtliga ska-krav. I en sådan situation har den upphandlande myndigheten åsidosatt LOU.

I upphandlingen skulle kontraktet tilldelas på grundval av lägsta pris. Leverantören hade emellertid inte lämnat anbudet med lägst pris. Domstolen kommer då att avslå leverantörens ansökan om överprövning, trots att det skett en överträdelse av LOU, eftersom leverantören inte lidit eller ens riskerar att lida (upphandlingsrättsligt relevant) skada av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU.

Rätten till skadestånd för upphandlingsrättsliga fel styrs visserligen av allmänna skadeståndsrättsliga principer, men den upphandlingsrättsliga bedömningen tenderar alltså att bli en central del av den skadeståndsrättsliga bedömningen.

I enlighet med exemplet ovan skulle leverantören i det fallet inte heller ha rätt till skadestånd, eftersom leverantören inte haft en realistisk möjlighet att få kontraktet.

<sup>78</sup> Jfr "FMV:s upphandling" NJA 2018 ref. 1127, punkt 25 samt "Fidelia" NJA 2013 s. 762, punkt 15.

<sup>79</sup> 20 kap. 6 § LOU. Angående skaderekvisitet, se vidare Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2019:1, *Skada – om skadebegreppet i mål om överprövning av offentlig upphandling*.

#### 4.2.4 DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETENS ÖVERTRÄDELSE AV LOU SKA HA MINSKAT LEVERANTÖRENS MÖJLIGHET ATT TILLDELAS KONTRAKTET

När det konstaterats att en överträdelse av LOU ägt rum och att leverantören haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet, måste det undersökas om felet minskat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet. Så kan exempelvis vara fallet om den upphandlande myndigheten tilldelat kontrakt till en leverantör som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav eller om leverantören lämnat anbud i en upphandling som den upphandlande myndigheten felaktigt avbrutit.

En särskild fråga är vad som gäller om en skadelidande leverantörs anbud inte uppfyllde samtliga krav, men den upphandlande myndigheten inte förkastade anbudet i samband med tilldelningsbeslutet. Detta diskuteras i avsnitt 4.4 nedan.

#### 4.2.5 LEVERANTÖRENS ANBUDSKOSTNADER SKA, PÅ GRUND AV BROTTET MOT LOU, HA BLIVIT ONYTTIGA

För att en skadelidande leverantör ska ha rätt till skadestånd för anbudskostnader krävs slutligen att anbudskostnaderna blivit onyttiga till följd av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU. Med *onyttiga* menas att anbudskostnaderna blivit onödiga och/eller verkningslösa på grund av överträdelsen av LOU.<sup>80</sup>

Detta innebär bland annat att om överträdelsen av LOU består i ett felaktigt tilldelningsbeslut, som sedermera rättas efter en ansökan om överprövning, eller om en upphandling görs om och leverantören ges möjlighet att delta i upphandlingen, har leverantören inte rätt till ersättning för sina anbudskostnader. I en sådan situation försätts leverantören nämligen i samma läge som om överträdelsen aldrig hade ägt rum.<sup>81</sup>

Om den upphandlande myndigheten däremot felaktigt avbryter upphandlingen efter domstolens dom, finns desto starkare argument för att leverantörens anbudskostnader blivit onyttiga. Detsamma gäller om myndigheten genomför en direktupphandling under processens gång med hänvisning till exempelvis synnerlig brådska, och domstolen slår fast att det finns skäl att ogiltigförklara avtalet, men avtalet ändå får bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset.

#### 4.2.6 SAMMANFATTNING

Leverantörer har ingen generell rätt till ersättning för anbudskostnader enbart för att en upphandlande myndighet brutit mot LOU.

En leverantör som ändå inte kunnat tilldelas kontraktet, dvs. vars möjligheter att tilldelas kontraktet ändå inte påverkats av överträdelsen,

---

80 "FMV:s upphandling" NJA 2018 ref. 1127, punkt 25,

81 "FMV:s upphandling" NJA 2018 ref. 1127, punkt 25 samt "Fidelis" NJA 2013 s. 762, punkt 19.

har således ingen rätt till skadestånd. Detta bär tydliga likheter med den skadebedömning som ska ske i överprövningsmål, där enbart den leverantören som lidit eller riskerat att lida (upphandlingsrättslig) skada kan vinna framgång med en ansökan om överprövning.

Slutligen måste leverantörens anbudskostnader ha blivit onödiga. Detta avgörs typiskt sett av om den upphandlande myndigheten rättar sig efter domstolens dom, men kan även påverkas av leverantörens eget agerande.

## 4.3 Ersättning för överprövningskostnader

### 4.3.1 ALLMÄNT OM ERSÄTTNING FÖR ÖVERPRÖVNINGSKOSTNADER

Möjligheten att erhålla skadestånd för överprövningskostnader är inget som uttryckligen framgår av LOU, utan något som kommit att utvecklas genom Högsta domstolens praxis.<sup>82</sup>

I "Fidelia" NJA 2013 s. 762 fann Högsta domstolen att det i vissa situationer kan vara nödvändigt att låta en skadelidande leverantör erhålla ersättning för sina överprövningskostnader. Detta för att säkerställa det upphandlingsrättsliga skadeståndets reparativa och preventiva funktion och behovet av att säkerställa överprövningsinstitutets effektivitet.<sup>83</sup>

Högsta domstolens uttalanden i "Fidelia" gav intrycket av att skadelidande leverantörer har en generell rätt till ersättning för överprövningskostnader vid en framgångsrik överprövning.<sup>84</sup> Det visade sig dock senare att så inte är fallet.

Genom Högsta domstolens uttalanden i "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127 preciserades förutsättningarna för leverantörer att erhålla ersättning för överprövningskostnader. I avgörandet ställer Högsta domstolen upp ett antal förutsättningar för att en leverantör ska ha rätt att erhålla skadestånd för nedlagda överprövningskostnader.

1. Den upphandlande myndigheten ska ha brutit mot LOU.
2. Leverantören ska ha ansökt om överprövning och vunnit framgång i överprövningsprocessen.
3. Leverantören ska
  - A. inte ha haft några möjligheter att tilldelas kontraktet, och detta ska
  - B. ha berott på omständigheter som leverantören inte kunnat lastas för.

---

<sup>82</sup> Det bör dock understrykas att varken LOU eller dess förarbeten på inget sätt utesluter skadestånd för överprövningskostnader (eller andra kostnader som blivit onyttiga), se även fotnot 67.

<sup>83</sup> "Fidelia" NJA 2013 s. 762, punkt 22.

<sup>84</sup> Se t.ex. Svea hovrätts dom i mål nr T 4969-17 och Andersson, Håkan, *Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering*, Upphandlingsrättslig tidskrift, 2014 nr 1, s. 32-33.



#### 4.3.2 DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN SKA HA BRUTIT MOT LOU

I likhet med vad som gäller för anbudskostnader, avgörs frågan om den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU genom en bedömning enligt LOU. Även i detta sammanhang kan ett antal olika typer av överträdelser aktualiseras, såsom ett felaktigt tilldelningsbeslut, otillåten direktupphandling eller avbrytandebeslut som fattats utan sakliga skäl.

#### 4.3.3 LEVERANTÖREN SKA HA ANSÖKT OM ÖVERPRÖVNING OCH VUNNIT FRAMGÅNG I ÖVERPRÖVNINGSPROCESSEN

Om det skett en överträdelse av LOU, ska leverantören ha angripit överträdelsen genom en överprövning och leverantören ska då ha vunnit framgång i processen. Vad som avses med att *ha vunnit framgång* är dock inte uppenbart.

I den överprövningsprocess som låg till grund för leverantörens skadeståndstalan i *FMV:s upphandling* hade leverantören ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen skulle rättas. Leverantören menade att anbudet från vinnande anbudsgivare skulle förkastas, eftersom anbudsgivaren inte uppfyllde ett visst kvalificeringskrav. Förvaltningsrätten instämde i leverantörens inställning, medan kammarrätten gjorde en annan bedömning.<sup>85</sup>

Kammarrätten bedömde att det aktuella kvalificeringskravet varit så otydligt att den upphandlande myndigheten hade åsidosatt transparensprincipen, och kammarrätten förordnade därför om att upphandlingen skulle göras om. Mot bakgrund av detta, konstaterade Högsta domstolen i *FMV:s upphandling* att leverantören endast hade vunnit "*viss framgång*".<sup>86</sup>

Ur upphandlingsrättslig synvinkel är detta synsätt intressant, eftersom det sedan tidigare följer av Högsta *förvaltningsdomstolens* praxis att en leverantörs yrkande om att domstolen ska ingripa mot upphandlingen på ett visst sätt saknar betydelse vid domstolens val av ingripande.<sup>87</sup>

På motsvarande sätt har en upphandlande myndighet inte rätt att överklaga en dom som innebär att det i och för sig föreligger skäl att ogiltigförklara ett avtal, men att avtalet får bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till allmänintresset.<sup>88</sup> Frågan är då vilken betydelse det har att Högsta domstolen tar fasta på omständigheten att påföljden blev något annat än vad leverantören yrkat.

---

<sup>85</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 20671-14 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8737-14.

<sup>86</sup> "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 37-38.

<sup>87</sup> RÅ 2005 ref. 47.

<sup>88</sup> HFD 2017 ref. 45 och HFD 2017 not. 22.

Vår tolkning är att detta främst ska ses mot bakgrund av att leverantören hade gjort gällande att brottet mot LOU bestod i ett felaktigt tilldelningsbeslut, medan det slutligen visade sig att brottet mot LOU bestod i en icke-transparent kravställning. Inom ramen för en skadeståndsprocess blir det då relevant att undersöka om det föreligger ett orsakssamband mellan den skadeståndsgrundande handlingen (brottet mot LOU), och leverantörens ansökan om överprövning och överprövningskostnader.<sup>89</sup> Det är, med andra ord, inte en fråga om vad leverantören yrkat, utan om leverantörens överprövningskostnader orsakats av den upphandlande myndighetens brott mot LOU.

Förutsatt att vår tolkning är korrekt kan problem endast uppstå om domstolen förordnar att upphandlingen ska göras om på grund av en omständighet som leverantören inte ens anfört. Det är först då som det helt saknas orsakssamband mellan vad leverantören invänt mot och domstolens ingripande mot upphandlingen. Problemet bör därför vara mycket sällsynt, eftersom domstolen har ett begränsat utredningsansvar i överprövningsprocesser och endast ska lägga de omständigheter som leverantören anfört till grund för prövningen.<sup>90</sup>

#### **4.3.4 LEVERANTÖREN SKA INTE HA HAFT NÅGRA MÖJLIGHETER ATT TILDELAS KONTRAKTET, OCH DETTA SKA HA BEROTT PÅ OMSTÄNDIGHETER SOM LEVERANTÖREN INTE KUNNAT LASTAS FÖR**

För att en leverantör ska ha rätt till skadestånd för överprövningskostnader, krävs slutligen att leverantören inte haft några möjligheter att tilldelas kontraktet och att detta inte beror på leverantören.<sup>91</sup> Det var främst genom detta uttalande i *FMV:s upphandling* som Högsta domstolen kom att begränsa möjligheterna att kräva skadestånd för överprövningskostnader.

Kravet innebär nämligen att om en upphandlande myndighet efterkommer domen i ett överprövningsmål, har leverantören ingen möjlighet att kräva skadestånd för sina överprövningskostnader. I en sådan situation ges leverantören istället möjlighet att tilldelas kontraktet i form av antingen att upphandlingen rättas (varvid leverantören tilldelas kontraktet<sup>92</sup>) eller att upphandlingen görs om (varvid leverantören kan lämna ett nytt anbud och konkurrera om vem som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet).

Det finns emellertid situationer där den upphandlande myndigheten inte kan vidta åtgärder för att undvika skadeståndsskyldighet. Ett första exempel är när en leverantör ansöker om överprövning av avtals giltighet, och domstolen finner att det finns skäl att ogiltigförklara ett avtal, men att avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till ett

---

89 Jfr "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 36.

90 RÅ 2009 ref. 69, HFD 2013 ref 53 och HFD 2015 ref 55.

91 "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkterna 30 och 39.

92 Eftersom leverantören annars inte kan anses ha lidit skada i upphandlingsrättslig mening, jfr 20 kap. 6 § LOU.

allmänintresse.<sup>93</sup> I en sådan situation finns det oftast ingenting som den upphandlande myndigheten kan göra för att ge leverantören en möjlighet att tilldelas kontraktet.

Ett annat exempel är när leverantören framgångsrikt ansöker om överprövning av ett avtals giltighet, men den upphandlande myndighetens behov redan tillgodosetts (och myndigheten därför inte har någon anledning att upphandla ett nytt kontrakt).<sup>94</sup>

Det kan även uppstå situationer där den upphandlande myndigheten istället för att efterkomma domstolens dom, väljer att tillgodose behovet internt eller genom en direktupphandling, eller av annan anledning väljer att avbryta upphandlingen. I en sådan situation kan leverantören ha rätt till skadestånd för sina överprövningskostnader, eftersom leverantören inte ges någon möjlighet att tilldelas kontraktet.<sup>95</sup> Detsamma gäller om den upphandlande myndigheten gör om anbuds-förutsättningarna på ett sådant sätt att leverantören inte längre kan delta i upphandlingen.

Leverantören måste å sin sida ta tillvara sin nya möjlighet att tilldelas kontraktet för att ha rätt till skadestånd för sina överprövningskostnader. I *FMV:s upphandling* hade leverantören valt att inte lämna ett anbud när upphandlingen gjordes om. Leverantören hade förvisso inte haft några möjligheter att tilldelas kontraktet, men detta berodde på leverantörens egna interna överväganden, dvs. *omständigheter som leverantören kunde lastas för*. Högsta domstolen konstaterade därför att leverantören inte hade rätt till ersättning för sina överprövningskostnader.<sup>96</sup> Angående bristande kravuppfyllelse i leverantörens anbud, se avsnitt 4.4 nedan.

Slutligen ställer vi oss frågan om det är tillräckligt att det inte beror på leverantören att den inte har möjlighet att tilldelas kontraktet, eller om det måste bero på omständigheter som den upphandlande myndigheten kan lastas för. I *FMV:s upphandling* uttalade Högsta domstolen å ena sidan:

*30. En leverantörs kostnader för överprövning kan alltså, i enlighet med "Fidelis" NJA 2013 s. 762, ersättas såsom skadestånd, om leverantören vinner framgång i förvaltningsprocessen men ändå – som en följd av omständigheter som [leverantören] inte kan lastas för – inte får några möjligheter att tilldelas kontraktet.*

(understrykning tillagd)

Å andra sidan uttalade Högsta domstolen även följande:

---

<sup>93</sup> Se t.ex. Hovrätten för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20 samt Svea hovrätts dom i mål nr T 7651-18.

<sup>94</sup> Den sistnämnda situationen har prövats av Solna tingsrätt i mål nr T 7350-18, som fann att leverantören i en sådan situation har rätt till ersättning för sina överprövningskostnader.

<sup>95</sup> Se t.ex. Hovrätten för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20 samt Svea hovrätts dom i mål nr T 7651-18.

<sup>96</sup> "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 39.

39. Såsom ovan har konstaterats (p. 30 och 31) förutsätter emellertid rätten till ersättning för överprövningskostnader också att leverantören, trots framgång i förvaltningsprocessen, inte får möjlighet att tilldelas kontraktet och att detta beror på omständigheter på [den upphandlande myndighetens] sida.

(understrykning tillagd)

Högsta domstolen uttalade alltså att leverantören inte ska kunna lastas för att den inte fått möjlighet att tilldelas kontraktet. Samtidigt uttalade Högsta domstolen även att det måste bero på omständigheter på den upphandlande myndighetens sida att leverantören inte har möjlighet att tilldelas kontraktet. I de flesta fallen saknar denna distinktion betydelse, men det kan tänkas situationer där frågan ställs på sin spets:

#### Exempel

En leverantör har ansökt om överprövning och domstolen har förordnat att upphandlingen ska göras om. Innan kontraktet hinner tecknas i den nya upphandlingen förändras den upphandlande myndighetens verksamhet till följd av ny lagstiftning och/eller nya politiska direktiv. Förändringen får till följd att den upphandlande myndigheten inte längre har ett behov av upphandlingsföremålet. Den upphandlande myndigheten avbryter därför upphandlingen.

I en sådan situation har leverantören haft överprövningskostnader för en framgångsrik överprövning, men har ändå inte fått möjlighet att tilldelas kontraktet. Det beror inte på leverantören. Inte heller beror det på den upphandlande myndigheten.<sup>97</sup>

Vår tolkning är att det i en situation som denna ändå föreligger en rätt till ersättning för överprövningskostnaderna. Detta eftersom Högsta domstolen tar fasta på att omständigheterna ska vara hänförliga till den upphandlande myndigheten, inte att omständigheterna måste ha uppstått eller berott på den upphandlande myndigheten.

#### 4.3.5 SAMMANFATTNING

Det står klart att leverantörer inte har någon generell rätt till ersättning för överprövningskostnader efter en framgångsrik överprövning.

Detta motiveras, enligt Högsta domstolen, av att skadeståndet är

---

<sup>97</sup> Det bör noteras att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2017 ref. 66 konstaterade att den brådska som uppkommit för Statens servicecenter till följd av nya direktiv från regeringen inte kunde utgöra sådan synnerlig brådska som motiverade en direktupphandling. Det kan därför, rent upphandlingsrättsligt, ifrågasättas om den beskrivna situationen, i vart fall om den upphandlande myndigheten är en myndighet under regeringen, egentligen kan tillskrivas myndigheten. Detta är dock, enligt vår mening, av underordnad betydelse för den skadeståndsrättsliga bedömningen.

ett sekundärt rättsmedel som enbart ska användas i situationer där "[EU-rättens] *fulla genomslag och den enskildes tillgång till effektiva rättsmedel annars inte skulle kunna garanteras*", dvs. i situationer där leverantören gjort vad som stått i dennes makt och använt det rättsmedel (överprövningsinstitutet) som rättsordningen i första hand hänvisar till.<sup>98</sup>

Om en leverantör ändå har rätt till överprövningskostnader efter en framgångsrik överprövning kommer ytterst styras av den upphandlande myndighetens agerande efter domen, men även till viss del av leverantörens egna agerande. Undantaget från detta är när domstolen förordnat om att ett avtal ska få bestå, trots att det föreligger skäl att ogiltigförklara avtalet.

## 4.4 Något om brister i den skadelidande leverantörens anbud

Skadestånd för både anbuds- och överprövningskostnader förutsätter att leverantören haft möjlighet att tilldelas avtalet i upphandlingen. En fråga är vad som gäller om leverantörens eget anbud rätteligen skulle ha förkastats, men detta upptäckts först under skadeståndsprocessen. Detta är en fråga som Hovrätten för Västra Sverige prövat.<sup>99</sup>

Bakgrunden i målet är förhållandevis invecklad, med flera överprövningar, missade avtalsspärrar och justering av talan. I detta sammanhang är det dock främst relevant att känna till att den avgörande frågan, som hovrätten hade att ta ställning till, var om leverantören kunde ha rätt till skadestånd, trots att dess eget anbud innehöll vissa brister.

Leverantören menade att den omständigheten att dess anbud inte hade förkastats under upphandlingen talade för att det mest sannolika utfallet av upphandlingen, om den vinnande anbudsgivarens anbud hade förkastats, hade varit att leverantören tilldelats avtalet. Den upphandlande myndigheten menade å sin sida att om upphandlingen hade genomförts helt korrekt, så hade leverantören ändå inte tilldelats något kontrakt, eftersom dess anbud rätteligen borde ha förkastats.

Med utgångspunkt i EU-domstolens och Högsta domstolens praxis<sup>100</sup>, gjorde hovrätten följande bedömning:

*en förutsättning för att [skadelidande leverantör] ska ha rätt till skadestånd på grund av [den upphandlande myndighetens] upphandlingsfel*

---

98 "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 21.

99 Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål nr T 6007-20. Det kan noteras att leverantören krävde skadestånd för dels det positiva kontraktshintresset, dels överprövningskostnader, men inte för anbudskostnader. Domen har överklagats till Högsta domstolen med målnummer T 7253-21. Per den 20 januari 2022 har domstolen ännu inte tagit ställning till om den ska meddela prövningstillstånd.

100 EU-domstolens avgörande i mål C-94/05, *Emsland-Stärke* punkterna 30-31 respektive "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, särskilt punkterna 19-20.

*är att [den skadelidande leverantör] visar att bolagets anbud i upphandlingen var giltigt, i den betydelsen att det uppfyllde de obligatoriska krav som uppställdes där.*

Hovrätten kom därför fram till att den skadelidande leverantörens anbud inte uppfyllde samtliga ska-krav och att leverantören redan av den anledningen inte hade rätt till skadestånd. Att den upphandlande myndigheten vid andra tillfällen accepterat anbud med motsvarande brister från leverantören saknade, enligt domstolen, betydelse.

Annorlunda uttryckt innebär kravet på att leverantören ska ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet, såsom hovrätten tolkade det, att det inte ska göras någon bedömning av exempelvis sannolikheten för att den upphandlande myndigheten hade upptäckt brister i anbudet eller om den upphandlande myndigheten i andra sammanhang bedömt att det inte rör sig om en brist.

Leverantören hade i och för sig inte yrkat ersättning för anbudskostnader, men vi ser ingen anledning till varför motsvarande resonemang inte skulle gälla för anbudskostnader.

# 5. Jämkning av skadestånd

## 5.1 Inledning

Enligt allmänna svenska skadeståndsrättsliga principer kan den skadelidande få det skadestånd som ska betalas ut jämkat (nedsatt) under vissa särskilda förutsättningar.

Regeln om jämkning innebär i korthet att en skadelidande leverantör inte har rätt till ersättning för sådan skada som hade kunnat undvikas.<sup>101</sup> Detta blir typiskt sett aktuellt i två olika situationer:<sup>102</sup>

1. När den skadelidande varit medvållande till skadan, och därmed bidragit till att den uppstått, och
2. När den skadelidande inte begränsat eller försökt begränsa sin skada genom att vidta skäligen åtgärder.

Möjligheten att jämka ett upphandlingsrätligt skadeståndsbelopp är inte främmande för EU-rätten. EU-domstolen har exempelvis uttalat följande:

*Nationella domstolar har möjlighet att undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande.*

*Enligt en allmän princip som är gemensam för medlemsstaternas rättsordningar skall nämligen den skadelidande, med risk för att annars själv behöva stå för skadan, visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning [...].<sup>103</sup>*

I korthet betyder detta att allmänna svenska skadeståndsrättsliga principer avseende bland annat jämkning av skadestånd är tillämpliga även för upphandlingsskadestånd.<sup>104</sup>

Detta innebär att ett givet inslag i varje upphandlingsrätligt skadeståndsbedömning är att ställa sig frågan om den skadelidande leverantören hade kunnat agera på ett annat sätt, och om skadeståndet i så fall ska jämkas på grund av detta.

---

101 Se Herre, Johnny, Ersättningar i köprätten, JUNO version 1, publicerad digitalt 2011, utgiven 1996, s. 568.

102 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkterna 26-28 och 37 samt däri angiven doktrin och praxis.

103 Se EU-domstolens dom i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, punkterna 84-85.

104 Se i detta avseende "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 24.

## 5.2 Medvållande

Om en skadelidande har medverkat till en skada, kan skadeståndet jämkas.<sup>105</sup> För att en jämkning ska ske krävs inte att den skadelidande har varit uppsåtlig eller grovt oaktsam i sin medverkan. Det räcker istället med att någon form av medverkan har skett till skadan, oavsett anledningen till medverkan.<sup>106</sup>

Det centrala i bedömningen av om den skadelidande medverkat till skadan är om den skadelidandes agerande har ökat risken för att skadan uppstod. Högsta domstolen har uttalat att "[r]egeln har sin särskilda betydelse för bedömningen av initialskedet i ett skadeförlopp där ställning måste tas till om, och i så fall i vilken utsträckning, den skadelidande har medverkat till att det över huvud taget blev ett skadefall".<sup>107</sup>

I frågor som rör upphandlingsrättsliga skadestånd kan det ofta vara svårt att klarlägga att en skadelidande leverantör själv ökat risken för att det överhuvudtaget blivit ett skadefall.

Anledningen till det är att det är den upphandlande myndigheten som styr över de situationer som oftast aktualiserar upphandlingsrättsliga skadestånd, exempelvis fel i samband med annonserade upphandlingar eller i samband med otillåtna direktupphandlingar.

Möjligheten till interaktion mellan den upphandlande myndigheten och den skadelidande leverantören är även som regel begränsade, och utgörs i annonserade upphandlingar ofta inte av mer än det informationsutbyte som sker inom ramen för upphandlingens frågor och svarsfunktion.<sup>108</sup>

Situationen när en skadelidande leverantör ska få det skadeståndsgrundande beloppet jämkat på grund av medvållande kan sammantaget anses mindre vanligt förekommande i upphandlingsrättsliga skadeståndssammanhang. Vi har inte heller funnit någon situation där det i praxis förekommit att en leverantör ansetts varit medvållande till den skadeståndsgrundande händelsen.<sup>109</sup>

---

105 Se t.ex. 6 kap. 1 § andra stycket skadeståndslagen.

106 Se och jfr "Den oförsäkrade båten" NJA 2017 s. 371, punkt 8.

107 Se "Den oförsäkrade båten" NJA 2017 s. 371, punkt 9.

108 Jfr dock avsnitt 6 nedan.

109 Jfr dock Svea Hovrätts dom i mål nr T5455-17 där hovrätten prövade om den skadelidande leverantören ansetts varit medvållande till den aktuella skadan genom utformningen av sitt anbud. Målet rörde en situation där den skadelidande leverantören fått sitt anbud förkastat på grund av uttalanden i det egna anbudet som uppfattats som en reservation av den upphandlande myndigheten. Hovrätten konstaterade att skrivningarna i anbudet inte skulle tolkas som en reservation, och att det därför var fel att förkasta den skadelidande leverantörens anbud. Trots att situationen aktualiserades av vad den skadelidande leverantören angett i sitt anbud ansågs leverantören inte ha varit medvållande till att den aktuella skadan (det felaktiga förkastandet) uppstod.



## 5.3 Begränsning av skadan

### 5.3.1 ALLMÄNT

Förutom att ett skadestånd kan jämkas på grund av den skadelidande leverantörens medvållande kan det även jämkas om leverantören inte vidtagit eller försökt vidta skäligen åtgärder för att begränsa skadan.

Skyldigheten att begränsa sin skada gäller även i de fall när något kontrakt inte tecknats, dvs. i så kallade utomkontraktuella förhållanden (som alltid aktualiseras i fråga om upphandlingsrättsliga skadestånd).<sup>110</sup> Denna jämningsgrund är förhållandevis vanligt förekommande vad gäller upphandlingsrättsliga skadestånd, eftersom en skadelidande leverantör ofta har möjlighet att på något sätt begränsa sin skada.

### 5.3.2 VAD KRÄVS AV DEN SKADELIDANDE?

Att en skadelidande leverantör är skyldig att begränsa sin skada innebär inte att leverantören måste ta tillvara alla till buds stående medel för att göra det. Skyldigheten innebär istället att den skadelidande leverantören *"ska göra vad som rimligen kan krävas eller att lämpliga åtgärder ska vidtas"*<sup>111</sup>.

Bedömningen av vad som rimligen har kunnat krävas av den skadelidande leverantören ska göras i förhållande till de alternativ som den skadelidande hade, och i vilken mån den kände till eller borde ha känt till dessa alternativ.<sup>112</sup>

Högsta domstolen har vidare uttalat att frågan om de åtgärder som vidtagits faktiskt varit skäligen och tillräckliga ska göras utifrån en bedömning av *"det läge där den skadelidande befann sig när ansvaret för den skadevållande parten uppkom. Vid långvariga skadeverkningar innebär skyldigheten att den skadelidande kan behöva ompröva situationen efter vad som vid varje tidpunkt är känt"*.<sup>113</sup>

Som exempel på åtgärder som inte kan krävas att en skadelidande vidtar har Högsta domstolen nämnt följande:

- Inleda komplicerade rättsliga processer,
- Vidta åtgärder som innebär beaktansvärda risker för den skadelidandes anseende på marknaden, och att
- Vidta mycket kostsamma åtgärder i förhållande till förväntad skada.<sup>114</sup>

---

110 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 28 och jfr "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

111 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkterna 28-31 och däri angiven praxis och doktrin.

112 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 33 samt däri angiven praxis och doktrin.

113 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 34.

114 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 36 samt däri angiven praxis.

Nedan följer en genomgång av sådana åtgärder som en skadelidande leverantör, på motsatt sätt, kan anses vara skyldig att vidta.

### 5.3.3 ÖVERPRÖVNING SOM ETT SÄTT ATT BEGRÄNSA SKADAN

Som tidigare nämnts är överprövning det primära rättsmedlet enligt LOU, och skadestånd det sekundära rättsmedlet. Högsta domstolen har i detta sammanhang uttalat att "[d]en övergripande tanken med sanktionssystemet enligt LOU är att en överprövning av ett upphandlingsförfarande ska ske medan det fortfarande är möjligt att rätta till eventuella överträdelser och därigenom undvika att skada uppstår"<sup>115</sup>.

Enligt Högsta domstolens mening innebär det inte någon betydande olägenhet för en skadelidande leverantör att ansöka om överprövning av en upphandling. Denna åtgärd är inte heller alltför betungande och kan dessutom som regel anses ligga inom ramen för en "normalt bedriven affärsverksamhet".<sup>116</sup> Att ansöka om överprövning som ett sätt att begränsa sin skada utgör alltså – intressant nog – inte en sådan "komplikerad rättslig process" som den skadelidande leverantören inte behöver inleda i syfte att begränsa sin skada.<sup>117</sup>

Enligt Högsta domstolen talar därför övervägande skäl för att det "ofta kan anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol"<sup>118</sup>. Det kan med andra ord som regel krävas att den skadelidande leverantören ansöker om överprövning, annars kan skadeståndet komma att jämkas.<sup>119</sup>

För att en ansökan om överprövning ska kunna anses utgöra ett sätt att begränsa en skadelidande leverantörs skada krävs det dock att ansökan ska kunna fylla en "reell funktion".<sup>120</sup>

Vad som faktiskt inbegrips i begreppet "reell funktion" är dessvärre oklart. Som regel bör det dock kunna anses att en överprövning av en annonserad upphandling fyller en reell funktion, om förutsättningarna för en sådan talan är uppfyllda och den skadelidande leverantören inom ramen för överprövningsprocessen visat att den kunnat lida skada på grund av det påtalade felet.

En sådan situation kan exempelvis uppstå om den upphandlande myndigheten felaktigt antagit en leverantörs anbud och den skadelidande leverantörens anbud rangordnats på andra plats i anbudsutvärderingen. På motsvarande sätt kan det krävas att en skadelidande

---

115 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 33.

116 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 33.

117 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 36 samt däri angiven praxis.

118 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 33.

119 Se "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 26 samt "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkterna 31 och 33.

120 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 34.

leverantör ansöker om överprövning av en upphandling där det förekommer fel i det konkurrensuppsökande skedet, exempelvis genom användandet av en felaktig utvärderingsmodell.

Däremot kan en leverantör inte anses skyldig att ansöka om överprövning av samtliga delar av en uppdelad upphandling om det finns anledning att anta att leverantörens talan inte skulle leda till framgång, exempelvis för att leverantören inte lidit skada i alla delar av upphandlingen. I ett sådant fall ska den uteblivna ansökan inte ligga den skadelidande leverantören till last om leverantören begär skadestånd i förhållande till övriga delar av upphandlingen, så länge leverantören begränsat sin skada genom en ansökan om överprövning i förhållande till dessa delar.<sup>121</sup>

Svårare blir det däremot vad gäller den eventuella skyldigheten att begränsa sin skada genom att överpröva beslut om att avbryta en upphandling. Även i dessa fall krävs det nämligen att överprövningen ska fylla en reell funktion.

Högsta domstolen har i "Armémuseum" NJA 2016 s. 369 konstaterat att det i den aktuella situationen som där rådde inte fyllde någon reell funktion att ansöka om överprövning av den upphandling som avbröts.

I det fallet rörde det sig om en upphandling av en entreprenad som skulle utföras under en viss angiven tid och där det på förväg fanns ett bestämt slutdatum för entreprenadens slutbesiktning. Den upphandlande myndigheten beslutade att avbryta upphandlingen cirka tre månader innan entreprenaden skulle vara färdigställd.

Högsta domstolen ansåg mot denna bakgrund att en ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet inte fyllde någon reell funktion, eftersom *"en process i förvaltningsrätten skulle ha medfört att så lång tid hade förflutit, att det inte hade varit möjligt att färdigställa entreprenaden i enlighet med vad som var föreskrivet i förfrågningsunderlaget"*<sup>122</sup>.

Det ska i sammanhanget poängteras att Högsta domstolen inte uttalade sig om en överprövning av ett avbrytandebeslut rent generellt kan fylla en reell funktion, utan om situationen i det enskilda fallet.

Det kan därför inte uteslutas att en skadelidande leverantör behöver ansöka om överprövning av ett avbrytandebeslut för att på så sätt begränsa sin skada, exempelvis av en upphandling där upphandlingsföremålet inte har något tydligt slutdatum. I en sådan situation skulle nämligen en ansökan om överprövning kunna fylla en reell funktion, genom att avbrytandebeslutet upphävs och upphandlingen genomförs som tidigare bestämts.

---

121 Se och jfr Svea Hovrätts dom i mål nr T 5455-17.

122 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 34.

Det kan i detta avseende dock nämnas att Hovrätten för Övre Norrland i bedömningen av om det funnits skäl att jämka ett skadestånd på grund av att den skadelidande leverantören inte ansökt om överprövning av ett avbrytandebeslut beaktat hur en sådan prövning skulle ha utfallit i förvaltningsrätten.<sup>123</sup>

Hovrätten uttalade i detta sammanhang följande:

*Det går inte att uttala sig med säkerhet om hur en överprövning av avbrytandebeslutet skulle ha utfallit i förvaltningsrätten. Det är därför inte heller möjligt att uttala sig om huruvida en överprövning av avbrytandebeslutet hade begränsat [den skadelidandes] skada".<sup>124</sup>*

Mot denna bakgrund ansåg hovrätten, som delade tingsrättens bedömning i denna del, att skadeståndet inte skulle jämkas på grund av att den skadelidande leverantören inte ansökt om överprövning av avbrytandebeslutet.

På motsvarande sätt har Svea hovrätt gjort en bedömning av det teoretiska utfallet av en förvaltningsrättslig överprövning av ett avbrytandebeslut. I det aktuella fallet uttalade hovrätten att det framstod som *"uteslutet att [den skadelidande leverantören] hade kunnat få framgång i en överprövningsprocess på så sätt att den hade kunnat leda till en begränsning av [den skadelidande leverantörens] skada".<sup>125</sup>* Av denna anledning jämkades inte heller skadeståndet.

Det går enligt vår mening inte att dra några avgörande slutsatser av hovrätternas domar. Det är med andra ord oklart om det faktiskt ska ske en prövning av den potentiella utgången av en ansökan om överprövning i bedömningen av om en sådan överprövning kunnat fylla en reell funktion.

Än mer komplext blir det i frågan om det finns en skyldighet för en skadelidande leverantör att begränsa sin skada genom att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet i samband med att en upphandlande myndighet genomfört en otillåten direktupphandling.

Svea hovrätt har delvis prövat denna fråga. Som ett led i sin bedömning av om skadeståndet skulle jämkas på grund av att leverantören inte ansökt om överprövning av avtals giltighet nämnde hovrätten att det som regel kan anses oaktsamt att inte ansöka om överprövning av en upphandling. Hovrätten gjorde med andra ord ingen skillnad på att ansöka om överprövning av en upphandling eller att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.<sup>126</sup> Hovrättens dom kan därmed

---

123 Se Hovrätten för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20.

124 Se Hovrätten för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20.

125 Se Svea hovrätts dom i mål nr T 5455-17.

126 Se Svea hovrätts dom i mål nr T 5214-17. I det aktuella fallet ansåg dock hovrätten att den skadelidande leverantören, genom att inte ansöka om ogiltighet av det aktuella avtalet, inte agerat på ett så oaktsamt sätt att skadeståndet skulle jämkas. Anledningen till det var att den upphandlande myndigheten *"förnekade att den agerat i strid med upphandlingslagstiftningen, på ett sätt som åtminstone i efterhand framstår som närmast vilseledande".*

tolkas som att det även finns en skyldighet att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet. Något ytterligare stöd för att det finns en skyldighet att ansöka om ogiltighet av avtal finns dock inte att hitta i rättspraxis.<sup>127</sup>

Uppfattningen att en skadelidande leverantör är skyldig att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet stöds även i viss mån av uttalanden i den juridiska litteraturen. Det har där uttalats att det bör finnas en sådan skyldighet i vart fall när det är fråga om en direktupphandling som föregåtts av en annonsering.<sup>128</sup> Detta uttalande kan dock inte längre anses giltigt, eftersom dagens regler om möjligheten att ansöka om ogiltighet inte är tillämpliga på direktupphandlingar som har annonserats.<sup>129</sup>

På motsvarande sätt har det uttalats att det i de fall när en ogiltighetstalan inte leder till att leverantörens skada faktiskt begränsas, finns det ingen skyldighet att ansöka om ogiltighet av avtalet som en skadebegränsande åtgärd. Som exempel nämns de fall där prestationer enligt avtalet redan har utförts.<sup>130</sup>

Enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis innebär dock en ogiltigförklaring av ett avtal att *"gjorda prestationer ska gå åter. I den mån en återgång inte kan ske (t.ex. avseende tjänster som levererats) ska avtalets ogiltighet regleras på så sätt att parternas förmögenhets-situation återställs till hur den var innan avtalet ingicks"*.<sup>131</sup>

Detta innebär att en ansökan om ogiltighet i teorin bör leda till att de avtalade prestationerna ska återgå (i den mån det är möjligt), exempelvis genom att levererade varor ska lämnas tillbaka till leverantören och att den upphandlande myndigheten ska få tillbaka den ersättning som betalats (med eventuella avdrag).

I en sådan situation har den upphandlande myndighetens behov av de aktuella prestationerna återuppstått, och den skadelidande leverantören har möjligheten att konkurrera om kontraktet när det väl upphandlas. På så sätt kan en ansökan om ogiltighet i dessa fall anses fylla en reell funktion för den skadelidande leverantören.

Detta kompliceras dock av att få domar om ogiltighet i praktiken leder till en återgång av utförda prestationer. Istället tyder genomförda

---

127 Det kan i detta fall noteras att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2020 ref. 61 uttalat att en leverantör haft ett intresse av att få en talan om ogiltighet prövad trots att några prestationer inte utgått enligt det aktuella avtalet. I denna bedömning lade Högsta förvaltningsdomstolen vikt vid leverantörens rätt till skadestånd. Denna bedömning gjordes dock i anledning av de tidsfrister som råder för att ansöka om skadestånd, en tidsfrist som hade hunnit passera om talan om ogiltighet inte hade prövats i sak. Någon egentlig ledning i frågan om en talan om ogiltighet utgör en reell funktion för att begränsa en skadelidande leverantörs skada kan domen därför inte anses ge.

128 Se Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Norstedts juridik, 3 u., 2020, s. 1019 f.

129 Se och jfr 20 kap. 15 § LOU.

130 Se Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Norstedts juridik, 3 u., 2020, s. 1019 f.

131 Se HFD 2012 ref. 27. Jfr även de uttalanden som görs i prop. 2009/10:180, del 1, s. 361 (nederst).

studier på att ogiltigförklarade avtal som regel varken leder till att några prestationer återgår, eller till att förmögenhetsläget mellan parterna på annat sätt återställs.<sup>132</sup> Detta talar i sin tur mot att en ansökan om ogiltighet i praktiken fyller en reell funktion för den skadelidande leverantören i form av en skadebegränsande åtgärd.

Det kan mot denna bakgrund diskuteras om det finns en skyldighet att ansöka om ogiltighet av otillåtet direktupphandlande avtal som ett sätt att begränsa den skadelidande leverantörens skada, eftersom den konkreta effekten av en sådan talan i realiteten kan vara väldigt liten. I en sådan situation kan det ifrågasättas om en ansökan om ogiltighet fyller en sådan reell funktion för att begränsa den skadelidande leverantörens skada som krävs för att jämkning ska komma ifråga.

Samtidigt kan det konstateras att i den tidigare nämnda domen från Hovrätten för Västra Sveriges i mål nr T 6007-20, se avsnitt 3.1.8 ovan, baserade hovrätten sin bedömning inte på hur den upphandlande myndigheten sannolikt skulle ha agerat, utan på hur den enligt LOU borde ha agerat. Om motsvarande skulle tillämpas på frågan om en leverantör måste försöka begränsa sin skada genom att ansöka om överprövning av avtals giltighet talar mycket för att leverantören bör förutsätta att den upphandlande myndigheten kommer att rätta sig efter domen om ogiltighet. I en sådan situation kan leverantören inte avstå från att ansöka om överprövning av avtalets giltighet, eftersom en ansökan i ett sådant fall kan sägas fylla en reell funktion.

#### 5.3.4 SKYLDIGHETEN ATT SKAFFA ANDRA UPPDRAG

En annan skyldighet som en skadelidande leverantör kan anses ha är att försöka begränsa sin skada genom att skaffa sig andra intäkter under den period som skadan uppkommer.

Det innebär med andra ord att det skadeståndsgrundande beloppet kan jämkas i förhållande till de övriga inkomster som leverantören haft eller kunnat ha som en följd av att den inte fick det aktuella uppdraget från den upphandlande myndigheten.<sup>133</sup>

En sådan jämkning bör dock bara kunna ske om de alternativa uppdragen faktiskt skulle ha ersatt det uppdrag som den skadelidande

---

132 Cronhult, Pär & Robertson, Viktor, *Fortsatt domstolstrots – 9 av 10 myndigheter struntar i dom om ogiltighet av avtal*, 2016.

133 Se och jfr "Ishavet" NJA 2007 s. 349, där Högsta domstolen konstaterade att den skadelidande parten hade rätt till det belopp som den skadelidande parten skulle ha fått om den tilldelats kontraktet med avdrag för "de intäkter som [den skadelidande parten] skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att [den skadelidande parten] inte fick uppdraget". Se även "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkterna 37-38 där Högsta domstolen, under rubriken "Det föreligger inga andra skäl för jämkning" uttalade att "[n]är [den skadelidande parten], som efter det att bolaget fått del av förvaltningsrättens dom hade sökt företrädare för [den upphandlande myndigheten] för att få avtalet till stånd, den 22 augusti 2012 fick beskedet att upphandlingen hade avbrutits återstod en relativt kort tid av den period då [den skadelidande parten] hade kunnat utföra ersättningsuppdrag. Av utredningen framgår att [den skadelidande parten] försökt att få andra uppdrag, men misslyckats. Det saknas alltså skäl för jämkning av skadeståndet". Se även Svea hovrätts domar i mål T 6641-17 och i mål nr T 5214-17.

leverantören gått miste om på grund av den upphandlande myndighetens felaktiga agerande. Detta kan illustreras med två exempel.

#### **Exempel 1**

Den skadelidande leverantören skapar programvara som den säljer licenser till. I samband med att leverantören får nya uppdrag kan den sälja fler licenser, oaktat beställningarnas relativa omfattning. Eftersom det rör sig om försäljning av licenser kan leverantören teoretiskt sett sälja ett oändligt antal licenser utan att det påverkar leverantörens kapacitet. Detta innebär i sin tur att varje enskild licensförsäljning ger en större vinst för leverantören.

I detta fall kommer det kontrakt som den skadelidande leverantören gått miste om från den upphandlande myndigheten inte att kunna ersättas med något annat kontrakt, eftersom varje enskilt nytt kontrakt hade inneburit en större vinst för leverantören utan att något annat kontrakt hade trängts undan. Frånvaron av det aktuella kontraktet innebär därmed en direkt skada för leverantören, oavsett vilka övriga uppdrag som den kunnat få.

Det skadegrundande beloppet ska i detta fall inte jämkas med hänsyn till att den skadelidande leverantören kunnat få andra uppdrag, eftersom sådana uppdrag inte kunnat kompensera leverantörens förlust på grund av den upphandlande myndighetens felaktiga agerande.

#### **Exempel 2**

Den skadelidande leverantören tillhandahåller en maskin samt maskinpersonal. Maskinen och dess personal är en begränsad resurs, som enbart kan utföra ett uppdrag åt gången.

I detta fall ska det skadeståndsgrundande beloppet jämkas i förhållande till de alternativa uppdrag som leverantören kunnat ha, under den period när skadan uppstått. Sådana uppdrag hade nämligen ersatt det uppdrag som den skadelidande leverantören gått miste om på grund av den upphandlande myndighetens felaktiga agerande.<sup>134</sup>

### **5.3.5 SKYLDIGHETEN ATT LÄMNA ANBUD I EN NY UPPHANDLING OCH ATT TILLVARATA REDAN NEDLAGDA KOSTNADER**

En näraliggande fråga är om leverantören, i de fall då en upphandling

<sup>134</sup> Jfr "Ishavet" NJA 2007 s. 349 och se och jfr "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 37.

avbrutits eller av annan anledning görs om, är skyldig att försöka begränsa sin skada till följd av att ha gått miste om kontraktet i den första upphandlingen genom att lämna anbud i den nya upphandlingen.

När det gäller skadestånd i form av utebliven vinst under den tid ett uppdrag skulle ha utförts kan en jämkning av skadeståndet i regel bara ske om den nya upphandlingen helt eller delvis avser ett utförande under samma period.<sup>135</sup> Som angetts ovan framstår detta som logiskt, eftersom den skada som en leverantör lider av att gå miste om ett uppdrag under en viss tidsperiod inte nödvändigtvis fullt ut kompenseras av att ett nytt uppdrag erbjuds för en annan, senare, tidsperiod.<sup>136</sup>

På motsvarande sätt är en leverantör, som framgångsrikt ansökt om överprövning och där den upphandlande myndigheten gjort om upphandlingen, skyldig att ta tillvarata de resurser som sedan tidigare lagts ned på att utforma anbudet i den nya upphandlingen, så att skadan av att behöva ta fram ett nytt anbud undviks eller begränsas. Om så inte sker kan skadeståndsskyldigheten för de nedlagda anbudskostnaderna jämkas, eftersom anbudsgivaren i det fallet inte begränsat sin skada genom att ta tillvara redan nedlagda resurser.<sup>137</sup>

För att skadeståndet inte ska jämkas i denna typ av situation krävs det att de resurser som tidigare lagts ner inte kan användas i den nya upphandlingen.<sup>138</sup> Så skulle exempelvis kunna vara fallet om den upphandlande myndigheten på ett omfattande sätt ändrar villkoren för upphandlingen, så att leverantörens arbete med att gå igenom underlaget och att utforma sitt anbud måste göras om helt.

### 5.3.6 SKYLDIGHET ATT STÄLLA FRÅGOR UNDER ANBUDSFASEN

Högsta förvaltningsdomstolen har i mål nr 196-21 ansett att det kan krävas att en leverantör som påstår att den lidit skada av ett visst upphandlingsfel också har en skyldighet att påtala upphandlingsfelet genom att ställa frågor och begära kompletteringar och förtydliganden redan under upphandlingens anbudsfas. Om en leverantör utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses uppfyllt.

Även om Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden gäller sådan skada som krävs för en framgångsrik överprövning enligt 20 kap. 6 § LOU, och inte skada i skadeståndsrättslig mening, är det svårt att skilja sig från tanken att en allmän domstol mycket väl skulle kunna föra

---

<sup>135</sup> Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

<sup>136</sup> Se Andersson, Håkan, *Praxisutvecklingen av skadestandsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 2 2016.

<sup>137</sup> Se "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 26.

<sup>138</sup> Se och jfr "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, punkt 34.



motsvarande resonemang inom ramen för en skadeståndstalan. Detta i synnerhet om det kan visas att exempelvis en fråga under anbuds-förfarandet hade kunnat leda till att den upphandlande myndigheten undanröjt den brist som ligger till grund för skadeståndsanspråket.

Huruvida en fråga eller en begäran om komplettering skulle fylla en sådan reell skadebegränsande funktion är sannolikt även beroende av hur den upphandlande myndigheten agerat i övrigt både vad avser frågor och svar och i eventuell efterkommande överprövning. Om myndigheten varit avvisande eller mycket kort i sin dialog med anbudsgivarna, eller om myndigheten på annat sätt visat att man inte haft för avsikt att självmant rätta till den aktuella upphandlingsbristen, borde detta inverka på bedömningen av om leverantören i tillräcklig mån försökt begränsa sin skada.

Under alla omständigheter bör det dock påpekas att Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden inte är bindande för allmän domstol och att man överlag bör vara försiktig med att dra alltför långtgående paralleller mellan de båda måltypernas skadebedömningar.<sup>139</sup>

## 5.4 Åberops- och bevisbördan för att den skadelidande vidtagit tillräckliga åtgärder

För att ett skadestånd ska kunna jämkas måste den upphandlande myndigheten åberopa detta faktum. Den upphandlande myndigheten har med andra ord den så kallade åberopsbördan för att skadeståndet ska jämkas och varför.<sup>140</sup> Enligt Högsta domstolen är det som utgångspunkt dessutom den skadeståndsskyldiga parten som måste bevisa att "den skadelidande parten hade kunnat vidta åtgärder som skulle ha begränsat skadan och att den skadelidande borde ha insett att denna möjlighet förelåg".<sup>141</sup>

Som huvudregel är det alltså den upphandlande myndigheten som även måste visa att det fanns rimliga åtgärder för den skadelidande leverantören att vidta för att begränsa sin skada.<sup>142</sup>

## 5.5 Tiden som skadan måste begränsas

Det finns ingen formell begränsning i tiden vad gäller skyldigheten att begränsa den skada som uppstått. Skyldigheten att begränsa skada uppstår istället så fort den skadelidande inser att den drabbats av en skada.<sup>143</sup>

---

139 Se och jfr "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 19.

140 Se Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Norstedts juridik, 3 u., 2020, s. 1019 f.

141 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 37 och däri angiven doktrin och praxis. Se och jfr även Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål nr 2798-16 och Svea hovrätts dom i mål nr T 5214-17.

142 Se och jfr Svea Hovrätts dom i mål nr T 6641-17.

143 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 33.

Därefter löper skyldigheten under hela skadeförloppet, alltså under *"tiden från det att ersättningskyldigheten utlöses intill dess ytterligare skada, för vilken den skadevällande parten kan ansvara, inte längre uppkommer eller kan uppkomma"*.<sup>144</sup>

Detta innebär dock inte att den skadedrabbade måste agera omedelbart i samband med att den fått kännedom om den aktuella skadan, om inte omständigheterna i den enskilda situationen talar för det. Enligt Högsta domstolen finns det istället *"tvärtom anledning att tilllåta att den skadelidande under en tid överväger sina handlingsalternativ. Det viktiga för bedömningen är dels de alternativ som förelåg för den skadelidande, dels i vilken utsträckning denne kände eller borde ha känt till dessa"*.<sup>145</sup>

För upphandlingsrättsliga skadeståndssituationer kan den tid under vilken den skadelidande parten är skyldig att begränsa sin skada vara olika beroende på vilken situation som aktualiseras.

Om det är fråga om ett fel som sker inom ramen för en annonserad upphandling kan skyldigheten att begränsa skadan som regel koncentreras till tiden som det är möjligt att ansöka om överprövning.

Ta som exempel en situation där ett fel skett i anbudsutvärderingen, på grund av att den upphandlande myndigheten antagit ett anbud från en leverantör som lämnat ett anbud som innehöll sådana brister att det borde ha förkastats.

I det fallet har den leverantör som rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet som regel ingen kännedom om att den drabbats av en skada förrän tilldelningsbeslut meddelats och leverantören fått möjlighet att kontrollera den vinnande leverantörens anbud. Först därefter kan den skadelidande leverantören konstatera att fel leverantör tilldelats kontrakt, och att kontrakt istället skulle ha tilldelats den skadelidande leverantören.

Eftersom det rör sig om en annonserad upphandling där det löper en lagstiftad ansökningsfrist motsvarande, som huvudregel, tio dagar från det att en underrättelse om tilldelningsbeslut skickades ut<sup>146</sup> får det anses finnas en skyldighet för leverantören att ansöka om överprövning senast inom ramen för den aktuella tidsfristen.

Denna skyldighet kan även anses finnas om den skadelidande leverantören vid ansökningsfristens slut ännu inte fått ta del av samtliga handlingar som krävs för att kontrollera om det vinnande anbudet uppfyllde alla krav, förutsatt att den skadelidande leverantören haft anledning att anta att det vinnande anbudet inte uppfyllde samtliga krav.<sup>147</sup>

---

144 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 28.

145 Se "Multitotal" NJA 2017 s. 9, punkt 33.

146 Se och jfr 20 kap. 1 § LOU.

147 Se och jfr HFD 2015 ref. 55 samt HFD 2018 ref. 28.

## 5.6 Storleken på jämkningen

I vanliga fall sker en jämkning av skadeståndsbeloppet till en viss kvotdel av vad skadeståndsbeloppet skulle ha varit om någon jämkning inte skett. Jämkning sker ofta enligt kvotdelarna 1/3, 1/2 eller 2/3.<sup>148</sup>

En skillnad ska däremot göras om den skadelidande varit medvållande till skadan som sådan eller om den inte visat rimlig aktsamhet att begränsa sin skada.

När det gäller medvållande ska en jämkning ske som står i proportion till den skadelidande partens medvållande, i enlighet med vad som anges ovan. När det gäller frågan om begränsningen av skadan bör en jämkning däremot inte ske i förhållande till en viss kvotdel. Istället ska skadeståndet sättas ned till det belopp som förlusten skulle ha uppgått till, om den skadelidande leverantören handlat som den rimligen borde ha gjort.<sup>149</sup>

### 5.6.1 JÄMKNING TILL 0 KR

Enligt den juridiska litteraturen kan det i mer sällsynta fall ske en jämkning till 0 kr, vilket innebär att inget skadestånd ska utgå överhuvudtaget.<sup>150</sup>

Enligt Högsta domstolen ska jämkningar av upphandlingsrättsliga skadestånd dock inte drivas så långt att *”det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten”*. Domstolen har i detta sammanhang även uttalat att *”hänsyn kan behöva tas till att syftet med det upphandlingsrättsliga skadeståndet i viss mån skiljer sig från vad som gäller vid andra typer av ren förmögenhetsskada”*.<sup>151</sup>

Exakt vilken betydelse Högsta domstolens uttalanden ska anses ha är dock något oklart.

Vad gäller just skyldigheten att begränsa sin skada genom att ansöka om överprövning finns det ett flertal äldre exempel där hovrätterna jämkat ett upphandlingsrättsligt skadeståndsbelopp till 0 kr på grund av frånvaron av en ansökan om överprövning.<sup>152</sup>

Detta skedde dock innan Högsta domstolen gjorde sina ovan angivna uttalanden. Det är mot denna bakgrund i viss mån oklart om en jämk-

---

148 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 31. Se Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, JUNO version 11 (2021), under rubriken 13.3, s. 224.

149 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 31.

150 Se Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, JUNO version 11 (2021), under rubriken 13.3, s. 224.].

151 Se "Armémuseum" NJA 2016 s. 369, punkt 31.

152 Se RH 2010:48, Hovrätten över Skåne och Blekinges i mål nr T 2934-08, och Svea hovrätts domar i mål T 3328-10 och 10286-14.

ning alltid ska ske till 0 kr, om en ansökan om överprövning inte skett, trots att leverantören borde ha ansökt om överprövning.

Det kan i detta sammanhang noteras att Högsta domstolen i det senare avgörandet "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127 ogillade den skadelidandes talan i frågan om rätten till ersättning för nedlagda anbuds-kostnader.

Anledningen till att talan ogillades var att leverantören inte hade rätt till ersättning för nedlagda anbuds-kostnader, eftersom leverantören inte begränsat sin skada genom att ta tillvara tidigare nedlagda resurser. Genom att talan ogillades i denna del jämkades det skadeståndsgrundande beloppet i praktiken till 0 kr.

Högsta domstolen hänvisar dock inte till sitt ovan angivna resonemang om att just jämkningar av upphandlingsrättsliga skadestånd kan behöva särbehandlas på grund av deras särskilda EU-rättsliga karaktär.

I den situation som rådde i "FMV:s upphandling" fanns det dock en direkt koppling mellan den påstådda skadan och den skadebegränsande åtgärden (att återanvända nedlagda resurser), eftersom de aktuella anbuden i allt väsentligt var likartade. I det fallet hade den skadelidande leverantören alltså inte lidit någon skada, om den hade agerat på ett korrekt sätt genom att återanvända nedlagda resurser.<sup>153</sup>

Någon sådan direkt koppling mellan en skada och den skadebegränsande åtgärden att ansöka om överprövning kan enligt vår mening dock inte alltid göras, och någon direkt vägledning kan därför inte utläsas av Högsta domstolens dom i "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127 i ett sådant fall.

Sammantaget är det i dagsläget oklart om ett skadeståndsgrundande belopp alltid ska jämkas till 0 kr om den skadelidande leverantören inte ansökt om överprövning, trots att den borde ha gjort det.

---

153 Jfr "Armémuseum" NJA 2016 s. 369.

# 6. Anspråk som grundas på de allmänna skadeståndsreglerna

## 6.1 Inledning

Av 1 kap. 1 § skadeståndslagen framgår att bestämmelserna i skadeståndslagen ska tillämpas om inte annat är särskilt föreskrivet, har avtalats eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalssituationer. Detta innebär att specialregleringar av rätten till skadestånd, exempelvis skadestånd enligt LOU, går före de allmänna skadeståndsreglerna i skadeståndslagen. Åtskilliga specialregler på skadeståndsrättens område uppställer strängare regler än skadeståndslagen och försätter den skadelidande i en bättre position.<sup>154</sup> I de fallen är det självklart att den skadelidande parten kommer välja att grunda sin skadeståndstalan på sådana specialbestämmelser. Samtidigt finns det vissa situationer där specialregleringen försätter den skadelidande i en sämre position än vad de allmänna skadeståndsreglerna hade gjort.

Därför diskuterar vi i detta avsnitt om, och i så fall i vilken mån och under vilka omständigheter, en skadelidande part kan grunda en skadeståndstalan på de allmänna skadeståndsreglerna i skadeståndslagen istället för LOU:s särskilda skadeståndsregler. För att besvara den frågan undersöks om en tillämpning av de allmänna skadeståndsreglerna istället för skadeståndsreglerna i LOU, när detta är till den skadelidandes fördel, är förenligt med syftet och de bakomliggande skälen för LOU:s specialreglering.<sup>155</sup>

## 6.2 "Upphandling av sjukgymnastiktjänster" NJA 2013 s. 909

I "Upphandling av sjukgymnastiktjänster" NJA 2013 s. 909 hade en kommun genomfört en offentlig upphandling av ett ramavtal för sjukgymnastiktjänster. Ett av de obligatoriska ska-kraven var att anbud skulle innehålla kopia på bevis om legitimation. Under anbudsutvärderingen uppmärksammade kommunen en av leverantörerna, SÖ, på att hans anbud saknade kopia på beviset. En anställd på kommunen gav emellertid SÖ beskedet att kommunen kunde komplettera anbudet med det aktuella beviset på egen hand, eftersom SÖ tidigare hade haft ett vårdavtal med kommunen sedan flera år tillbaka och lämnat in det aktuella beviset i anslutning till det. Efter kommunens

---

<sup>154</sup> Schultz, Märten, Skadeståndslag (1972:207) 1 kap. 1 §, avsnitt 2.1.1, Lexino 2022-01-27 (JUNO).

<sup>155</sup> Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, Skadeståndslagen – En kommentar, JUNO version 7 (2021), kommentaren till 1 kap. 1 § under rubriken "Förhållande till annan lagstiftning".

komplettering bedömde kommunen att SÖ:s anbud uppfyllde samtliga krav och ramavtalet tilldelades följaktligen SÖ.

Upphandlingen överprövades av en annan anbudsgivare. Anbudsgivaren anförde att SÖ:s anbud inte uppfyllde samtliga krav, eftersom det saknades en kopia på bevis om legitimation. Domstolen fann att SÖ:s anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav och att kommunen därför hade agerat i strid med reglerna i LOU genom att anta anbudet. Istället för att rätta upphandlingen enligt domen gjorde kommunen om upphandlingen. I den nya upphandlingen lämnade SÖ anbud, men tilldelades inte ramavtalet den gången.

SÖ väckte en skadeståndstalan mer än ett år efter att kommunen ingått avtalet i upphandlingen och gjorde gällande att han vid inlämnandet av sitt anbud, som senare ansågs bristfälligt, hade fått ett felaktigt besked av kommunen. Eftersom SÖ litade på beskedet återkom han inte i frågan. Till följd av det felaktiga beskedet från kommunen ansåg SÖ att han gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtalet.

Eftersom SÖ inte väckte talan förrän mer än ett år efter att avtal slutits, invände kommunen att SÖ:s skadeståndsanspråk hade preskriberats enligt 16 kap. 21 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling ("ÄLOU").<sup>156</sup> SÖ hänvisade då till informationsansvarsregeln i 3 kap. 3 § skadeståndslagen, vilken reglerar rätten till skadestånd till följd av felaktiga upplysningar som lämnats genom fel eller försummelse. Regeln medger ersättning för ren förmögenhetsskada till den som förlitat sig på information och råd från en myndighet.

Av denna anledning uppstod dels frågan om preskriptionsbestämmelserna i ÄLOU gäller alla anspråk som kan föranledas av en offentlig upphandling, dels frågan om skadeståndsregeln i ÄLOU är exklusiv i förhållande till andra skadeståndsregler.

Högsta domstolen konstaterade att talan får väckas enligt allmänna skadeståndsregler även om det finns speciallagstiftning, men att avsteg kan göras med hänsyn till speciallagens utformning och syften. Som förtydligande exempel angav Högsta domstolen att en lags ordalydelse kan ange att lagen exklusivt reglerar skadeståndsskyldighet, eller att lagen grundas på internationella överenskommelser som innebär att skadestånd endast får utdömas under vissa förutsättningar.

Regleringen om rätt till skadestånd i ÄLOU byggde på artikel 2.1 c i det första rättsmedelsdirektivet och Högsta domstolen konstaterade att det överlämnats till nationell rätt att utforma de närmare förutsättningarna för skadeståndsansvar. Varken rättsmedelsdirektivet eller de svenska förarbetena till ÄLOU antyder att skadeståndsansvaret enligt ÄLOU exklusivt reglerar möjligheten till skadestånd på grund av fel vid offentlig upphandling.

---

<sup>156</sup> 16 kap. 21 § ÄLOU motsvaras av 20 kap. 21 § i nuvarande LOU.

Högsta domstolen fann därför att det inte fanns något hinder mot att SÖ:s talan grundades på skadeståndslagen, oavsett om talan omfattades av skadestandsreglerna i ÄLOU eller inte.

Vad gällde frågan om ÄLOU:s preskriptionsbestämmelser omfattar alla skadestandsanspråk som föranleds av fel vid en offentlig upphandling, resonerade Högsta domstolen att rättsmedelsdirektivet inte innehåller någon föreskrift om preskription av en fordran på skadestånd. Därmed står det varje medlemsstat fritt att föreskriva ändamålsenliga preskriptionsregler. Preskriptionsbestämmelsen i ÄLOU har inte en sådan formulering att det går att utläsa att den ska vara exklusivt tillämplig på varje krav som har uppstått i samband med upphandlingen, utan den är istället direkt kopplad till skadestandsbestämmelsen i ÄLOU. Högsta domstolens slutsats blev därför att preskriptionsbestämmelsen i ÄLOU endast omfattar skadeståndskrav som vilar på just ÄLOU.

### 6.3 Analys av Högsta domstolens uttalanden

Högsta domstolens uttalanden i "Upphandling av sjukgymnastiktjänster" utgick från ÄLOU. Vi ser emellertid ingen anledning till varför bedömningen skulle bli en annan enligt LOU:s bestämmelser; ÄLOU:s och LOU:s respektive bestämmelser om skadestånd och preskription genomför samma rättsmedelsdirektiv. Inte heller ges någon antydning i LOU:s förarbeten om att rättsläget skulle ha förändrats jämfört med vad som gällde enligt ÄLOU.<sup>157</sup>

Vid en första anblick framstår det som att Högsta domstolens slutsatser innebär att skadelidande generellt kan använda sig av de allmänna skadestandsreglerna i skadeståndslagen istället för LOU:s specialbestämmelser. I praktiken rör det sig dock om ett begränsat antal möjliga tillämpningssituationer.

Skadestånd för rena förmögenhetsskador kan, förutom när staten eller en kommun lämnat felaktiga upplysningar eller råd, endast utgå till följd av brott eller oaktsamhet vid myndighetsutövning.<sup>158</sup> Med *brott* avses handling eller underlåtenhet som utgör brott i brottsbalkens mening<sup>159</sup> och offentlig upphandling utgör som huvudregel inte myndighetsutövning.<sup>160</sup>

Sammanfattningsvis är domen främst vägledande för de specifika situationer då en skadeståndstalan kan grundas på 3 kap. 3 § skadeståndslagen, dvs. vid ren förmögenhetsskada som vållas av att en

---

157 Prop. 2015/16:195, s. 1157-1158.

158 2 kap. 2 § respektive 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

159 Bengtsson, Bertil, Skadeståndslag (1972:2007) 2 kap. 2 §, Karnov 2022-01-27 (JUNO).

160 Hellners, Trygve & Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik AB, 2010, s. 27.

myndighet genom fel eller försummelse lämnar felaktiga upplysningar eller råd. Det kan samtidigt konstateras att även om tillämpningsområdet är förhållandevis smalt, har rättspraxis under de senaste åren gett flera exempel på när en leverantör potentiellt går miste om ett kontrakt på grund av felaktig information från den upphandlande myndigheten.<sup>161</sup>

---

161 Se bl.a. HFD 2019 ref. 58 och HFD 2021 ref. 70.



## 7. Avslutande kommentarer

När någon ska försöka teckna en övergripande bild av vad som karakteriserar upphandlingsrätten är det inte ovanligt att den beskrivs som ett mångfacetterat regelverk som omfattar såväl EU-rätt, civilrätt och förvaltningsrätt, dessutom med ett släktskap till konkurrensrätten.<sup>162</sup> Sällan blir väl dock kopplingen till civilrätten i allmänhet så tydlig som när det kommer till de särskilda reglerna om skadestånd i 20 kap. LOU.

De upphandlingsrättsliga reglerna om skadestånd genomför de specifika rättsmedelsdirektiv som gäller för upphandlingsområdet. Rättsmedelsdirektiven preciserar inte närmare under vilka förutsättningar skadestånd ska utgå och de innehåller inte heller några processuella bestämmelser. Av det skälet blir den nationella rätten av stor betydelse för att kunna fylla reglerna i 20 kap. LOU med ett innehåll. Allmänna skadeståndsrättsliga principer i svensk rätt är därför som regel tillämpliga vid upphandlingsrättsligt skadestånd.

Ett av syftena med rättsmedelsdirektiven är att överträdelser av regelverket ska kunna rättas till i ett så tidigt skede som möjligt. Av det skälet utgör överprövningar i de allmänna förvaltningsdomstolarna det primära rättsmedlet för en leverantör som anser att en upphandlande myndighet har brutit mot regelverket. Leverantörens möjlighet att föra talan om skadestånd kan därför beskrivas som ett rättsmedel som främst är avsett att användas när en ansökan om överprövning inte har varit tillräcklig för att korrigera eller åtgärda en överträdelse som begåtts av en upphandlande myndighet. Möjligheten för leverantörer att väcka en skadeståndstalan finns till för att EU-rätten ska få sitt fulla genomslag på upphandlingsområdet. En konsekvens av det är till exempel att en leverantör som inte först försökt få en överträdelse åtgärdad genom att ansöka om överprövning, utan istället valt att yrka ersättning för den skada som uppstått på grund av överträdelsen, ofta har fått skadeståndsbeloppet jämkat ned till noll kronor.

Att talan om skadestånd är ett sekundärt rättsmedel framgår också mycket tydligt när man studerar domstolsstatistik över avgjorda upphandlingsmål. Antalet mål om upphandlingsskadestånd i överrätt (dvs. i Högsta domstolen och i hovrätterna) kan för ett visst givet kalenderår ofta räknas på ena handens fingrar. Vid en jämförelse med överprövningsmålen är frekvensen är det en mycket låg siffra.

Det innebär däremot inte att de skadeståndsrättsliga aspekterna ska anses ha en marginell betydelse på upphandlingsområdet. Exempelvis finns det ett mörkertal vad gäller fall där leverantörer har vänt sig till upphandlande myndigheter med skadeståndsanspråk och där parterna har gjort upp i godo utom rätta. Det förekommer också att par-

---

<sup>162</sup> Se t. ex. Andersson, Håkan, *Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr 1 2014.

terna kommer överens om en uppgörelse efter förlikning i domstolen. Även om det i dessa fall inte blivit aktuellt med någon process i allmän domstol som lett till att tvisten avgjorts genom en meddelad dom, är det sannolikt så att de förhandlingar som skett mellan parterna inför sådana överenskommelser har varit med utgångspunkt från vad som gäller enligt såväl upphandlings- som skadeståndsrätten och vad som sannolikt kunnat bli utfallet vid en rättslig prövning i en skadeståndprocess i allmän domstol. För att kunna behärska hela det spektrum som upphandlingsrätten innefattar är det därför viktigt att även behärska de skadeståndsrättsliga aspekterna.

Själva risken att drabbas av en skadeståndstalan är i sig också en faktor som kan vara handlingsdirigerande för en upphandlande myndighet när den ska besluta sig för hur den ska agera i en viss situation. Vi kan tänka oss ett scenario där en myndighet gjort ett fel under en pågående upphandling, till exempel genom att tilldela kontrakt till en leverantör som inte uppfyllt samtliga krav och därför egentligen borde ha diskvalificerats. Om en annan leverantör då för en framgångsrik talan om överprövning och lyckas få en förvaltningsdomstol att förordna om rättelse av upphandlingen, kan myndigheten tänkas överväga att avbryta upphandlingen istället för att rätta den. När en myndighet ställs inför sådana överväganden måste den dock också beakta om ett avbrytande kan innebära att den exponerar sig för risken att behöva betala skadestånd. Det samma gäller när en upphandlande myndighet överväger att ingå ett avtal genom en direktupphandling. Den upphandlingsrättsliga bedömningen bör då också omfatta en analys av vilka risker myndigheten kan komma att utsätta sig för ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv. I de nämnda situationerna är det således viktigt att kunna förstå och i förväg analysera de skadeståndsrättsliga aspekterna av ett visst agerande i ett upphandlingsrättsligt sammanhang.

Vi vill också slutligen uppmärksamma de domar som meddelades av Högsta förvaltningsdomstolen alldeles i början av år 2022.<sup>163</sup> Den materiella frågan i dessa mål var om de upphandlande myndigheterna vid upphandlingar av ramavtal hade uppfyllt kravet på att ange vilket största värde de samlade avropen från ramavtalen kunde uppgå till, alternativt vilken maximal kvantitet de kunde omfatta.

Högsta förvaltningsdomstolen fann att myndigheterna inte hade uppfyllt detta krav, men avtog trots det ansökningarna om överprövning eftersom leverantörerna inte ansågs ha uppfyllt skaderekvisitet i LOU. Högsta förvaltningsdomstolens motivering var att leverantörerna inte hade vänt sig till myndigheterna under anbudstiden med frågor om, eller begäran om komplettering angående, de otydliga uppgifterna om maximal volym eller maximalt värde. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen ska det, vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör, beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåtit

---

163 HFD 2022 ref. 4 I och II.

att försöka begränsa sin skada av myndighetens överträdelse på detta sätt, ska det enligt Högsta förvaltningsdomstolen normalt medföra att skaderekvisitet inte är uppfyllt.

Enligt vår uppfattning har Högsta förvaltningsdomstolens skaderesomang påtagliga likheter med vad som enligt skadeståndsrätten gäller om kärandens skyldighet att försöka att begränsa sin skada för att ha rätt till skadestånd. Enligt skadeståndsrätten kan detta innebära att ersättningen jämkas till ett lägre belopp (eller till och med till noll kr) och enligt upphandlingsrätten kan samma brist leda till att ansökan om överprövning avslås.

---

## 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](http://www.kahnpedersen.se) för mer information om vår verksamhet.

Författarna till denna rapport är:

**Magnus Ehn**, Advokat, Senior Specialist.

**Olle Lindberg**, Advokat, Senior Associate.

**Sofia Linde**, Associate.

**Erik Olsson**, Advokat, Partner.

**Kristian Pedersen**, Advokat, Partner.

**Viktor Robertson**, Advokat, Senior Specialist.

**Albin Svensson**, Associate.

Vi vill även rikta ett särskilt tack till vår kollega Helena Brännvall, Advokat och Senior Attorney, för värdefulla synpunkter på ett utkast till denna rapport. Eventuella kvarvarande misstag är våra egna.

---

[www.kahnpedersen.se](http://www.kahnpedersen.se)

ISBN 978-91-986495-1-2