

---

# TANKAR OM SKADA I UPPHANDLINGSRÄTT, DEL 2

Erik Olsson, Kristian Pedersen, Olle Lindberg och Viktor Robertson\*

---

## 1. INLEDNING

Vi har i föregående krönika analyserat vilka krav som ställs i unionsrätten vad avser sökandens skyldighet att visa skada vid överprövning av upphandling. Vi kommer i denna krönika att göra motsvarande övning avseende svensk rätt.

Vår genomgång av den svenska rättsutvecklingen har följande disposition. I avsnitt 2 redogör vi för utvecklingen i svensk lagstiftning och förarbeten av skadebegreppet vid överprövning. I avsnitt 3 beskriver vi sedan Högsta förvaltningsdomstolens praxis för att i avsnitt 4 diskutera relevanta avgöranden från kammarrätterna samt uttalanden i doktrin. I avsnitt 5 sammanfattar vi våra slutsatser kring hur det svenska skadebegreppet vid överprövning har kommit att utvecklas.

Utifrån denna genomgång, samt genomgången av unionsrättslig praxis i del 1 av denna artikelserie, kommer vi i den tredje och sista krönikan att bedöma lämpligheten i hur det svenska skadebegreppet i överprövningsprocessen har kommit att utvecklas och, i förekommande fall, föreslå ett alternativt angreppssätt för hur en domstol bör bedöma skada i överprövningsmål.<sup>1</sup>

## 2. LAGBESTÄMMELSER OCH FÖRARBETEN

I och med införandet av 1992 års LOU<sup>2</sup> blev det för första gången möjligt att överpröva beslut om upphandling i Sverige. I samband därmed uppstod en diskussion om vilken domstol som lämpligen borde handlägga mål om överprövning av upphandling. Av förarbetena till 1992 års LOU framgår att flera

---

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

<sup>1</sup> Olsson, Lindberg och Robertson, *Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 1*, Europarättslig Tidskrift, häfte 3, 2018.

<sup>2</sup> Lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

remissinstanser förordat att domstolsprövningen av offentliga upphandlingar skulle koncentreras till en domstol och att allmän domstol borde anförtros hela överprövningsområdet. Detta motiverades bland annat med att skadeståndsfrågor borde hanteras av allmän domstol och möjligheten att göra rationaliseringsvinster.<sup>3</sup>

Det fanns dock andra remissinstanser, däribland Stockholms universitet, Hovrätten över Skåne och Blekinge samt Kammarrätten i Jönköping, vilka förordade en uppdelning som innebar att överprövningsmålen skulle hanteras av förvaltningsdomstolarna medan skadeståndsmålen skulle hanteras av de allmänna domstolarna. Detta motiverades bland annat med att den grundläggande funktionsfördelningen mellan domstolarna inte gärna kunde ändras enbart för upphandlingssammanhang.<sup>4</sup>

Departementschefen anslöt sig till den senare uppfattningen, eftersom den innebar ett vidmakthållande av den tradition av uppdelning av måltyper mellan allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol som dittills gällt i Sverige och föreslog därför den ordning som riksdagen senare beslutade om, dvs. att "[...] överprövningen av beslut under upphandlingen bör handhas av allmän förvaltningsdomstol och skadeståndsfrågorna av allmän domstol."<sup>5</sup> Som vi kommer att diskutera i den tredje delen av denna artikelserie är det vår uppfattning att allokeringen av överprövningsmål till allmän förvaltningsdomstol snarare än till allmän domstol har kommit att påverka hur skaderekvisitet har tolkats och tillämpats i Sverige.

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

"Bestämmelsen i första stycket riktar sig främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Exempel på sådana situationer kan vara att annonserna är så utformade att de utesluter från deltagande, eller att de kvalifikationskrav som den upphandlande enheten valt att tillämpa formulerats på ett sådant sätt att någon reell anbudstävlan inte kan uppkomma. Den som är berättigad att påtala ett missförhållande är den som antingen lidit skada eller kan komma att lida skada. Det i praktiken vanligaste fallet kan förmodas bli att en ansökan om rättelse görs redan när man riskerar att lida skada. Avsikten bakom bestämmelsen är nämligen att man skall kunna angripa en feltillämpning på så tidigt stadium att det skall vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer."<sup>6</sup>

Dessa uttalanden är tydligt påverkade av att det enligt 1992 års LOU, i sin ursprungliga utformning, inte var möjligt att överpröva upphandlingar efter

<sup>3</sup> Prop. 1992/93:88, s. 45–47.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Prop. 1992/93:88, s. 101.

det att beslut om leverantör hade fattats.<sup>7</sup> Det var således endast i undantagsfall som det vid tillfället för överprövningen var möjligt att bedöma huruvida den sökande leverantören faktiskt skulle lida skada av den påstådda överträdelsen, exempelvis genom att få sitt anbud förkastat eller på annat sätt gå miste om att tilldelas kontrakt. Innan det att beslut om leverantörerna fattats kunde det normalt på sin höjd konstateras att en viss överträdelse medförde risk för skada för den sökande leverantören. Först 1998 ändrades bestämmelsen så att överprövning var möjlig fram till dess att avtal slutits, dvs. den reglering som framgick av rättsmedelsdirektiven.<sup>8</sup>

I juli 1996 avskaffades den då gällande möjligheten för en domstol att avslå en ansökan om överprövning om den fann att den skada eller olägenhet som en domstols förordnande vid bifall av en överprövning skulle innebära för den upphandlande myndigheten var större än skadan för leverantören. En sådan avvägning är sedan dess endast möjlig vid interimistiska beslut och sedermera vid prövning av om ett ogiltigförklarat avtal ska få bestå.<sup>9</sup> Möjligheterna till överprövning utökades sedan den 1 juli 2002, i och med införandet av en tidsfrist mellan upplysningar om tilldelningsbeslutet och avtalstecknande, till följd av EU-domstolens dom i mål C-81/98 *Alcatel Austria*,<sup>10</sup> men dessa lagändringar påverkade inte frågan om skada och skaderekvisitet var inte heller något som diskuterades i förarbetena till de aktuella ändringarna.<sup>11</sup>

Vad gäller frågan om själva skadebegreppets utformning anförde, i motsats till Lagrådet, författarna i den vid tiden ledande svenska litteraturen på upphandlingsområdet, Hentze och Sylvéns lagkommentar, att begreppet skada i samband med överprövning inte var liktydigt med ekonomisk skada i den bemärkelse som gäller för skadestånd.

”Direktiven anger ’has been or risks being harmed’. Det engelska uttrycket ’harm’ betyder den typ av ’skada’ som står i motsats till ’nytta’. I lagrådets yttrande till prop. 1992/93: 88 kan dock läsas: ’En ytterligare förutsättning för ingripande är enligt det remitterade förslaget att det fel som den upphandlande enheten begått ’är till men för sökanden’. Eftersom endast ekonomisk skada synes ha åsyftats förordar lagrådet att uttrycket ’men’ ersätts med ’skada’. Vidare bör bestämmelsen ändras så att den – i enlighet med vad som förutsätts i direktiven – ger utrymme för ett ingripande redan när risk för skada föreligger.’

Överprövning avser, enligt vår uppfattning, ett icke-finansiellt avhjälpande vilket även stöds av Arrowsmith, *The law of public an utilities procurement*, s. 904. En leverantör ska ha rätt till rättslig hjälp när den upphandlande enheten genom brott mot LOU förhindrar leverantören att delta på ett rättvist sätt eller helt och hållet.

<sup>7</sup> Prop. 1992/93:88, s. 101.

<sup>8</sup> Prop. 1996/1997:153, s. 75–76. Ändringen kom sig av att Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 1996 ref. 50 funnit att den tidigare lydelsen stod i strid med rättsmedelsdirektiven och att rättsmedelsdirektivens lydelse därför skulle ha företräde.

<sup>9</sup> SFS 1996:433, prop. 1995/96:165 s. samt 20 kap. 9, 14 och 16 §§ LOU.

<sup>10</sup> Mål C-81/98, *Alcatel Austria m.fl.*, EU:C:1999:534.

<sup>11</sup> SFS 2002:594, prop. 2001/02:142.

Låt vara att det i ingressen till direktiven anges att rättsmedlen ska förmå de upphandlande enheterna att vidta rättelse eller avhålla dem från att begå överträdelse av reglerna men de skall också förebygga att skadestånd uppstår.

Det hade därför varit bättre med uttrycket 'men' som fanns med i det ursprungliga förslaget.<sup>12</sup>

Rättsmedelsbestämmelserna från 1992 års LOU överfördes i sak oförändrade till 2007 års upphandlingslagar.<sup>13</sup>

I och med 2010 års rättsmedelsreform infördes en möjlighet för leverantörer att under vissa omständigheter ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.<sup>14</sup> För denna genomgångs vidkommande är det mest intressant att notera att den svenska lagstiftaren, tillsyns utan vidare motivering, valde att inte ha något skaderekvisit för bifall av en ogiltighetstalan vid överprövning av en direktupphandling. Vid en ogiltighetstalan avseende ett avtal som ingåtts i strid med en avtalsspärr finns dock ett skaderekvisit som motsvarar det som gäller för överprövning av upphandling. Det samma gäller om det är fråga om ogiltigförklaring av ett avtal som tecknats efter en förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal.<sup>15</sup>

En i huvudsak obearbetad överföring av tidigare bestämmelser skedde vid införandet av 2016 års upphandlingslagar, trots att flera remissinstanser och Lagrådet förordat en översyn. Regeringen avfärdade dock dessa synpunkter med motiveringen att bestämmelserna om rättsmedel inte omfattats av utredningens eller promemorians överväganden och det därför saknades förutsättningar för en sådan översyn inom ramen för det aktuella lagstiftningsärendet.<sup>16</sup>

En fråga med viss koppling till skadebegreppet är den om rättens förordnande vid bifall av en ansökan om överprövning av upphandling. Allt sedan 1992 års LOU har rätten haft att välja mellan ett förordnande om att upphandlingen ska rättas på visst sätt eller ett förordnande om att upphandlingen ska göras om. I rättsmedelsdirektiven anges endast att otillåtna beslut ska undanröjas och det finns ingen närmare förklaring i förarbetena till 1992 års LOU till varför Sverige har valt denna ordning.<sup>17</sup> Uppdelningen mellan rättelse och göra om har, trots vissa försök till förändring, stått sig till nuvarande upphandlingslagar och som vi kommer att diskutera framöver kan det göras gällande att ordningen i viss mån påverkat domstolarnas syn även på skaderekvisitet.<sup>18</sup> Av

<sup>12</sup> Hentze, M. & Sylvén, H., *Offentlig upphandling*, Norstedts Juridik AB, Upplaga 1:2, Stockholm 1998, s. 456 f.

<sup>13</sup> SFS 2007:1091 och 2007:1092, prop. 2006/07:128.

<sup>14</sup> Prop. 2009/10:180.

<sup>15</sup> Jfr 20 kap. 13 § LOU.

<sup>16</sup> Prop. 2015/16:195, s. 876.

<sup>17</sup> Se artikel 2.1b i direktiv 89/665/EEG respektive 92/13/EEG.

<sup>18</sup> Se Ds 2009:30 s. 164–167 samt prop. 2009/10:180 s. 148–150.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2008 ref. 28 framgår följande om hur domstolens val av påföljd ska göras.

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

Som vi kommer se nedan samt i nästa del av denna artikelserie har dessa överväganden, vilka ska göras vid domstolens val av påföljd, också kommit att påverka hur skadebedömning görs.

I skrivande stund är överprövningsbestämmelserna återigen föremål för översyn inom ramen för SOU 2018:44, *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål*. Förslaget är just nu ute på remiss och remissvar ska inlämnas senast den 1 februari 2019. Det finns även sedan tidigare förslag på förändringar av överprövningsbestämmelserna inom ramen för SOU 2015:12, *Överprövning av upphandlingsmål m.m.* Dessa förslag bereds för närvarande och har ännu inte resulterat i något konkret lagförslag.

I utformningen av nuvarande LOU återfinns tre bestämmelser som innehåller någon form av skaderekvisit vad avser överprövning.

Det första framgår av 20 kap. 4 § LOU och reglerar frågan om talerätt.

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

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

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

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

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

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

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

Den uppdelning i två skaderekvisit för varje mål (ett för talerätten och ett för domstolens ingripande), vilken finns i LOU, återfinns inte i upphandlingsdirektiven och ges inte heller någon förklaring i förarbetena till LOU.<sup>19</sup>

### 3. HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN

Som vi kommer att se i detta avsnitt har Högsta förvaltningsdomstolen endast i begränsad omfattning behandlat frågan om hur skada ska bedömas i överprövningsmål.

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

Högsta förvaltningsdomstolen instämde även i kammarrättens bedömning i RÅ 2010 ref. 97. Frågan i målet var om det är förenligt med LOU att i ett och samma ramavtal kombinera två avropsmodeller trots att dessa delvis var överlappande vad avser när de kunde tillämpas. Högsta förvaltningsdomstolen gör i det målet överhuvudtaget ingen skadebedömning utan anger följande:

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

<sup>19</sup> Kammarrätten i Stockholms domar i mål 5360-15 och 6420-15.

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

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

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

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

Det framgår således överhuvudtaget inte att Högsta förvaltningsdomstolen gjort någon skadebedömning i förhållande till sökanden. Måhända påverkades Högsta förvaltningsdomstolen av att den sökande leverantören inte lämnat något anbud i upphandlingen och därvid gjorde gällande att detta berodde på att den inte hade möjlighet att leverera, givet den korta implementationstiden. Å andra sidan var detta förhållande inte obestridd och kammarrätten, som avlog sökandens yrkande, framhöll att sökanden inte utvecklade på vilket sätt den aktuella fristen gjort det omöjligt för sökanden att lämna anbud. Mot bakgrund av att frågan om skada var uppe i målet ter det sig underligt att Högsta förvaltningsdomstolen överhuvudtaget inte nämner skada i sitt avgörande och det är svårt att skilja sig från intrycket att Högsta förvaltningsdomstolen presumerar skada vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet.

Detta skulle emellertid komma att ändras. I HFD 2013 ref. 53 hade den sökande leverantören deltagit i ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Efter det att kontrakt tilldelats en annan anbudsgivare yrkade den sökande leverantören att upphandlingen skulle göras om på den grunden att myndigheten inte hade haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering eftersom förutsättningarna för att tillämpa ett sådant förfarande inte förelåg. Av vad som framgår av förvaltningsrättens och kam-

marrättens domar synes det knappt, om ens alls, ha förts någon argumentation kring huruvida den sökande leverantören lidit skada av myndighetens val av ett förhandlat förfarande. Förvaltningsrätten, vars bedömning kammarrätten instämmer i, anger endast, efter att ha konstaterat att ett förhandlat förfarande inte var motiverat, att ”[e]ftersom [den sökande leverantören] sannolikt har lidit skada av kommunens agerande ska upphandling göras om”.

Givet hur Högsta förvaltningsdomstolen i ovan redovisade avgörande behandlat frågan om skada framstod förvaltningsrättens och kammarrättens avgöranden inte särskilt förvånande vid tillfället. Redan i sin uppläppandemening klargjorde emellertid Högsta förvaltningsdomstolen att domstolens intresse för målet inte grundade sig i den materiella frågan om när en myndighet har rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, utan snarare om hur skaderekvisitet vid överprövning ska tillämpas. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande innehöll domstolens mest utvecklade skaderezonemang dittills.

”Den aktuella upphandlingen påbörjades i mars 2011 och avslutades ungefär ett år senare. Fyra anbudsgivare deltog i det förhandlade förfarandet, varav bolaget var en. I ansökningsom överprövning – som ingavs efter det att förfarandet slutförts och bolaget förlorat upphandlingen – framförde bolaget invändningar som bl.a. tog sikte på dels valet av förfarande, dels hur förfarandet genomfördes. Bolaget anförde att varken bolaget eller någon av de övriga anbudsgivarna fått möjlighet att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud och att det därmed fick anses att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

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

Även om HFD 2013 ref. 53 inte avgjordes av Högsta förvaltningsdomstolen i sin helhet förefaller avgörandet avvika från den lagtolkning som tidigare varit antagen av Högsta förvaltningsdomstolen. Enligt det synsätt som etableras i HFD 2013 ref. 53 förefaller det exempelvis som om Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2010 ref. 97 rätteligen skulle ha föregåtts av en mer extensiv prövning av hur en anbudsgivare lider skada av att en upphandling avser ett ramavtal med en viss kombination av avropsmodeller. En tolkning som möjligen får Högsta förvaltningsdomstolens praxis att framstå som mer konsekvent är att domstolen tillämpar olika skadebedömningar beroende på om tilldelningsbeslut meddelats eller inte, alternativt beroende på om den sökande leverantören inkommit med anbud eller inte. Det finns också en viss logik i ett sådant synsätt. När en leverantör, utan invändning, deltagit i en offentlig upphandling och först när tilldelningsbeslut meddelats framställer invändning mot upphandlingens utformning finns det kanske särskild anledning att ifrågasätta



om leverantören verkligen lidit skada av den påstådda överträdelsen eller om den endast åberopar alla felaktigheter som den kan identifiera i hopp om att upphandlingen ska göras om för att därmed få en ny möjlighet att inkomma med anbud. Om leverantören däremot, såsom synes ha varit fallet i RÅ 2010 ref. 97, framställer en invändning mot en upphandling redan innan tilldelningsbeslutet meddelats finns det kanske större anledning att sätta tilltro till leverantörens påstående om att den lider skada av överträdelsen.<sup>20</sup> Måhända är det denna skillnad som föranlett att Högsta förvaltningsrätten tillämpar ett förhållandevis strikt skaderesonemang i HFD 2013 ref. 53 medan domstolen till synes presumerar skada i RÅ 2010 ref. 97.

Som framgår av HFD 2013 ref. 53 förefaller domstolen förorda att en domstol alltid ska pröva skadan först och endast om skada föreligger gå vidare och pröva den påstådda överträdelsen. Det är emellertid inte uppenbart att Högsta förvaltningsdomstolen, vare sig i tidigare eller senare avgöranden, tillämpat denna metodik.

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

Ett omdiskuterat avgörande är HFD 2016 ref. 37. I målet hade en upphandlande myndighet genomfört ett öppet förfarande och antagit ett anbud trots att anbudet inte uppfyllde ett av upphandlingens ska-krav, nämligen att för angivna referensupdrag redovisa ungefärlig årsomsättning. Den upphandlande myndigheten anförde att den av övrig information i anbudet kunde bedöma att den tilldelade leverantören hade en sådan teknisk och yrkesmässig kapacitet som krävdes i upphandlingen och att myndigheten således inte behövde den aktuella uppgiften för sin bedömning. Högsta förvaltningsdomstolen fann att fråga var om ett obligatoriskt krav, som i sig var kopplat till ändamålet för upphandlingen och inte kunde anses oproportionerligt. Högsta förvaltningsdomstolen anger slutligen:

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

Det är inte helt enkelt att förstå hur den aktuella överträdelsen, att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav, kan anses avse upphandlingens

<sup>20</sup> Jfr i detta fall Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6098-18.

konkurrensuppsökande skede. Möjligen menar Högsta förvaltningsdomstolen att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande vid utvärderingen av anbudet gett uttryck för att myndigheten inte önskade kvarstå vid det aktuella ska-kravet, utan att detta skulle tas bort. Det är i så fall rimligt att upphandlingen görs om så att ska-kravet kan tas bort. Detta synsätt utgör emellertid ett påtagligt avsteg från rådande praxis hos kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen hade nog haft mycket att vinna på att förklara sitt resonemang lite utförligare. Det kan också konstateras att kammarrätterna i senare meddelade avgöranden, i motsvarande situation, förordnat om att upphandlingen ska rättas.<sup>21</sup>

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

I slutet av 2017 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen ett avgörande rörande frågan om en leverantör ska vara taleberättigad att ansöka om överprövning av en upphandling som denne avstått från att delta i.<sup>22</sup>

LOU innehåller en reglering om att ramavtal får ha en löptid om mer än fyra år endast om särskilda skäl föreligger.<sup>23</sup> Den överprövade upphandlingen avsåg ett ramavtal om totalt sju år vilket den sökande leverantören invände mot och gjorde gällande att det saknades sådana särskilda skäl som motiverar en längre avtalstid än fyra år.

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

<sup>21</sup> Se exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5515–5516-15, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2071-17, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8626-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2925-17.

<sup>22</sup> HFD 2017 ref. 62.

<sup>23</sup> 7 kap. 2 § LOU.

sätt som krävs för rättens ingripande enligt 16 kap. 6 § i 2007 års LOU (vilket motsvaras av 20 kap. 6 § LOU).

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

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

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

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

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

Högsta förvaltningsdomstolen tolkar således in rättsmedelsdirektivets rättsfigur ”intresse av att få ingå ett visst avtal” i den svenska lokutionen ”anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada”. Den logiska förlängningen av detta blir att endast den som har haft ett intresse av att ingå ett visst avtal kan lida skada av en upphandlingsrättslig överträdelse, vilket stämmer väl överens med EU-domstolens uttalanden.<sup>24</sup> Ett annat sätt att uttrycka det är att även om det svenska talerättskravet ”anser sig” är subjektivt bestämt så innehåller begreppet ”skada”, även i talerätsbestämmelsen, en objektiv komponent i så måtto att det endast är en viss typ av skada som erkänns av rättsordningen – närmare bestämt en skada som består i den potentiella förlusten av ett visst kontrakt som den sökande leverantören har ett intresse av och som är det kontrakt som överprövningen avser.

Sammantaget ger Högsta förvaltningsdomstolens praxis i frågan om skaderekvisitet ett bitvis motsägelsefullt intryck. I den mån det finns en systematik

<sup>24</sup> För en genomgång av bl.a. EU-domstolens uttalanden i frågan, se ”Olsson, Lindberg och Robertson, *Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 1*, Europarättslig Tidskrift, häfte 3, 2018” i allmänhet, och avsnitt 2 i den artikeln i synnerhet.

i hur Högsta förvaltningsdomstolen har närmat sig frågan om skada är denna inte uppenbar vid en genomläsning av praxis och det finns ett stort behov av ytterligare förtydliganden. Det kan dock i detta sammanhang noteras att Högsta förvaltningsdomstolen nyligen gett prövningstillstånd för ett mål i kammarrätt med motiveringen att frågan om en leverantör, som inte har lämnat anbud, har lidit eller har kunnat lida skada till följd av de utvärderingskriterier som upphandlingen innehåller, är föga belyst i rättspraxis.<sup>25</sup> Det verkar med andra ord som om Högsta förvaltningsdomstolen är intresserad av att utveckla hur en skadebedömning ska göras. Kammarrätten avskrev dock sedermera målet eftersom klaganden återkallade sitt överklagande.<sup>26</sup> I avvaktan på sådan utveckling i Högsta förvaltningsdomstolens prejudicerande avgöranden kommer vi nu att vända oss till avgöranden från kammarrätterna för att undersöka om vi där kan hitta mer utvecklade skaderesonemang.

## 4. KAMMARRÄTTERNA

### 4.1 Inledning

Som en del av vår undersökning har vi, förutom ovan genomgång av Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt vad som uttalas av EU-domstolen, gjort en genomgång av kammarrättspraxis samt doktrin på området. Det ska dock framhållas att det inte är fråga om någon fullständig eller systematisk genomgång av alla kammarrättsavgöranden. Istället redogör vi för exempel på avgöranden som illustrerar olika typer av skaderesonemang som förs av kammarrätterna.

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

### 4.2 Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principen om likabehandling

Att en upphandlande myndighet brutit mot likabehandlingsprincipen är en av de vanligaste invändningarna inom ramen för överprövningsprocesser enligt LOU. Dessa brister kan se olika ut men det finns tre huvudsakliga typer av likabehandlingsbrister:

1. brister som innebär att den sökande leverantörens anbud felaktigt har förkastats

<sup>25</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 1909-18.

<sup>26</sup> Se Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 4710-18.

2. brister som innebär att något antaget anbud rätteligen borde ha förkastats
3. brister som innebär att samtliga antagna anbud rätteligen borde ha förkastats

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

#### 4.2.1 Leverantören har fått sitt anbud förkastat och vill få det utvärderat

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

Bland annat har Kammarrätten i Göteborg prövat en situation där en leverantör fått sitt anbud felaktigt förkastat. I målet konstaterade domstolen att myndigheten inte skulle ha förkastat anbudet och att leverantören därmed fick anses ha riskerat att lida skada givet att anbudet uppfyllde även övriga förutsättningar.<sup>27</sup> Av kammarrättens dom kan utläsas att det i denna typ av fall räcker med att konstatera att myndigheten felaktigt förkastat ett anbud för att leverantören därmed ska anses ha lidit skada. I domen prövade kammarrätten överhuvudtaget inte frågan om leverantören skulle kunna tilldelas kontrakt om den inte hade fått sitt anbud felaktigt förkastat. Snarare satte kammarrätten ett likhetstecken med ett felaktigt förkastande av ett anbud och skada för leverantören.<sup>28</sup>

Motsvarande bedömning har gjorts av Kammarrätten i Stockholm.<sup>29</sup> Leverantören hade anfört att den lidit skada eftersom leverantörens anbud på grund av de otillåtna kraven inte blivit utvärderat och leverantören därmed gått miste om möjligheten att vinna upphandlingen. Kammarrätten uttalade, med hänvisning till ett av sina tidigare avgöranden, att den omständigheten att en leverantör felaktigt har uteslutits från utvärdering i regel får anses medföra att leverantören kan komma att lida skada.<sup>30</sup> I skadebedömningen gjorde kammarrätten överhuvudtaget ingen koppling till leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen om felet inte hade begåtts. Istället angavs som huvudregel att en leverantör som uteslutits får anses ha lidit skada.

En något tydligare koppling till möjligheterna att tilldelas kontrakt hittar vi i ett av Kammarrätten i Jönköpings avgöranden från i år.<sup>31</sup> I detta avgörande fann kammarrätten att den leverantör som felaktigt fått sitt anbud förkastat lidit skada under förutsättning att den lämnat ett lägre anbudspris än den anbuds-

<sup>27</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5319-16.

<sup>28</sup> Liknande bedömningar har samma kammarrätt gjort i mål nr 558-14.

<sup>29</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6123-14. Målet prövades senare av Högsta förvaltningsdomstolen vilken inte ansåg att det förelåg någon överträdelse av LOU. Högsta förvaltningsdomstolen prövade följaktligen inte frågan om leverantörens skada.

<sup>30</sup> Jfr även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8896-12.

<sup>31</sup> Se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 423-18.

givare som antogs som leverantör. Motsvarande resonemang har förts av Kammarrätten i Göteborg som i ett mål uttalade att ”[d]å den anbudsgivare som enligt tilldelningsbeslutet skulle tilldelas uppdraget enligt uppgift från kommunen ska uteslutas från upphandlingen och bolaget lämnat det lägsta anbudet av de som återstår har bolaget i vart fall riskerat att lida skada.”<sup>32</sup> I sin skadebedömning gjorde kammarrätten en tydlig koppling mellan det fel som begåtts och den möjlighet att tilldelas kontrakt som den sökande leverantören skulle ha haft om felet inte hade förekommit.<sup>33</sup> En liknande bedömning finns även i ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm där domstolen konstaterade att ett anbud innehållit sådana brister att det inte hade kunnat komma ifråga för kontraktstilldelning.<sup>34</sup> Av detta följer enligt kammarrätten att leverantören inte heller kan visa att den lidit skada av att den uteslutits ur upphandlingen på grund av att en av dess företrädare gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

På motsvarande sätt har Kammarrätten i Jönköping resonerat då den prövat om en anbudsgivare fått ett felaktigt anbudspris i samband med utvärderingen.<sup>35</sup> I det aktuella fallet hade felet som begåtts vitsordats av myndigheten men kammarrätten ansåg ändå inte att leverantören hade lidit skada av felet. Detta eftersom en korrekt summering av anbudets priser skulle medföra att anbudet endast kommit tvåa i upphandlingen och därmed inte hade påverkat utgången av upphandlingen. Detta stämmer även överens med vad som angetts inom doktrinen, där det konstateras att en påtalad brist som i och för sig anses vara en överträdelse av LOU inte utgör grund för ett ingripande om det inte även kan konstateras att bristen har eller kan orsaka just den sökande leverantören skada.<sup>36</sup>

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

<sup>32</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 507-13.

<sup>33</sup> En liknande bedömning gjorde samma kammarrätt i mål nr 6220-17 dock utan att där direkt nämna sökande leverantörs möjlighet att ingå kontrakt. Kammarrätten nöjde sig istället med att konstatera att sökanden hade lämnat ett lägre anbudspris än vinnande leverantör och att den därmed lidit eller riskerat lida skada av att den fått sitt anbud förkastat. Se även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2730-17 där liknande resonemang fördes.

<sup>34</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6478-15.

<sup>35</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2201-17.

<sup>36</sup> Se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Stockholm 2012, s. 213.

#### 4.2.2 Skada när leverantören anser att andra anbud ska förkastas

En annan vanligt förekommande situation i upphandlingssammanhang är när en leverantör anser att andra leverantörers anbud, vilka placerats på bättre plats i anbudsutvärderingen än leverantörens eget, rätteligen borde ha förkastats. I en sådan typ av prövning har Kammarrätten i Stockholm bland annat gjort följande uttalanden.<sup>37</sup>

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

I domen konstaterade kammarrätten att den sökande leverantörens anbud inte hade hamnat på första plats vid en korrekt genomförd hantering av anbudet, och att leverantören därför inte hade lidit skada av det fel som begåtts. Den bedömning som kammarrätten gjorde i målet är långt ifrån ovanlig och återkommer fortlöpande i kammarrätternas praxis när det gäller denna typ av prövningar.<sup>38</sup> Kammarrätten konstaterade att det faktum att någon annan leverantör påverkats av överträdelsen inte kan ligga till grund för domstolens bedömning. I domen tog kammarrätten med andra ord aktiv ställning mot att använda överprövning som en allmänpreventiv åtgärd genom att tydliggöra skaderekvisitets subjektiva utformning. Liknande uttalanden görs i doktrinen där det angetts att skadebedömningen är strikt begränsad till den skada som drabbat den sökande leverantören, och att reglerna därför inte lämnar utrymme för domstolen att beakta även andra leverantörers intressen – i detta fall den leverantör som kommit på andra plats enligt utvärderingen – när den prövar om skaderekvisitet är uppfyllt.<sup>39</sup>

En något annorlunda inställning intog dock Kammarrätten i Sundsvall när den i ett mål avseende förkastande av konkurrerande anbud uttalar bl.a. följande.<sup>40</sup>

”Den skada eller risk för skada som avses är ytterst att leverantören gått miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär. Detta innebär dock inte att det måste stå klart att leverantören hade tilldelats kontraktet om det inte vore för upphandlande

<sup>37</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1672-17.

<sup>38</sup> För ett liknande resonemang se Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 4010-06 och 7715-17, Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 1641-15, 1748-17 och 1042-18 samt Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 2726-17 och 188-17.

<sup>39</sup> Se Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm 2012, s. 213.

<sup>40</sup> Se Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2547-15.

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

I sin skadebedömning tog kammarrätten ett tydligt avstamp i möjligheterna att tilldelas kontrakt och möjligheten att därmed tillgodogöra sig det ekonomiska värde som det innebär. I doktrinen har liknande bedömningar gjorts och det har där ansetts att det räcker med att överträdelsen kan ha medfört att leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt försämrats. Det måste med andra ord inte stå klart att leverantören *de facto* hade tilldelats kontrakt om felet inte hade förekommit.<sup>41</sup> Eftersom det i en relativ utvärderingsmodell inte är helt säkert vad utfallet blir, för det fall ett av tre anbud förkastats, har den sökande leverantören åtminstone en möjlighet att tilldelas kontrakt. Denna möjlighet är enligt kammarrättens mening tillräcklig för att kunna konstatera skada, eller i vart fall risk för skada.

Ett motsvarande resonemang förs av Kammarrätten i Göteborg i ett mål där begränsad kontroll av kvalificeringskriterierna hade tillämpats.<sup>42</sup> Frågan var om en leverantör som i anbudsutvärderingen hamnat på nionde plats kunde lida skada av att en av de fem leverantörer som rangordnats högst och tilldelats kontrakt inte uppfyllde samtliga krav. Myndigheten hade i det aktuella fallet ansett att sökandens placering i rangordningen gjorde det omöjligt för sökanden att lida skada. Kammarrätten menade emellertid att systemet med egen försäkran innebär att om någon av de fem leverantörerna med lägst totalt utvärderingspris inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav sker kontroll av den leverantör som erhållit det sjätte totalt lägsta utvärderingspriset, osv. De upphandlande myndigheterna hade funnit att anbuden från leverantörerna 1–5 uppfyllde samtliga kvalificeringskrav och hade därmed inte kontrollerat övriga lämnade anbud, däribland den sökande leverantörens. Detta innebär att även om endast ett av de fem bäst rangordnade anbuden förkastades, skulle en kontroll av de kvarvarande anbuden i förlängningen kunna medföra att den sökande leverantörens anbud antogs. Kammarrättens skaderesonemang bygger alltså på det osannolika, men inte omöjliga, scenariot att anbuden från de tre anbudsgivare som, liksom den sökande leverantören, inte kontrollerats mot kvalificeringskraven men som kommit före den sökande leverantören i anbudsutvärderingen samtliga skulle behöva förkastas. Givet att ett sådant scenario åtminstone är tänkbart kan den sökande leverantören anses riskera att lida skada redan av att ett av de kvalificerade anbuden rätteligen skulle ha förkastats.

<sup>41</sup> Se Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm 2012, s. 213.

<sup>42</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1935–1939-18.



Även Kammarrätten i Stockholm har i något mål intagit en förhållandevis liberal hållning till vad den sökande leverantören måste anföra och visa för att nå framgång i denna typ av mål.<sup>43</sup> Kammarrätten resonerade enligt följande: *”Förvaltningsrätten har avslagit ansökan om överprövning eftersom bolaget inte har angett på vilket sätt bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada. Mot bakgrund av att endast två leverantörer kvalificerat sig i upphandlingen har bolaget, genom vad det anfört i förvaltningsrätten, gjort sannolikt att det lidit skada.”*

Det kan noteras att sökanden, enligt reciten till förvaltningsrättens dom, i förvaltningsrätten anfört att det *”är en självklarhet att Bolaget lidit skada om ett anbud antas med så stora felaktigheter. Detta bör både [myndigheten] och förvaltningsrätten förstå utan att det benämns. Det är också allvarligt för framtiden om en myndighet kan acceptera uppgifter i ett anbud såsom i detta fall”*. Kammarrätten intog således en förlåtande inställning avseende vad en sökande leverantör faktiskt måste anföra för att uppfylla sin åberopsbörda i skadehänseende.

I ett tidigare mål intog samma kammarrätt dock en långt mer restriktiv inställning.<sup>44</sup> Även i det tidigare målet hade den sökande leverantören placerat sig på andra plats i utvärderingen och gjorde därefter gällande att den vinnande leverantören skulle få sitt anbud förkastat. Kammarrätten uttalade följande i skadedelen.

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

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

Förutom den typ av resonemang som redovisats ovan har i kölvattnet av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37 kommit en serie avgöranden där kammarrätterna synes presumera skada så fort ett vinnande anbud felaktigt antagits.<sup>45</sup> På samma sätt som i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande tar dessa kammarrättsavgöranden sikte på den skada som överträdelsen innebär för en upphandlingskonkurrensuppsökande skede, snarare än frågan om vilken skada överträdelsen eventuellt innebär för den sökande leve-

<sup>43</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7332-15.

<sup>44</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5044-13.

<sup>45</sup> Se bland annat Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 3158-16 och 3160-16.

rantören. Denna typ av skaderesonemang ter sig dock mer allmänpreventiva än subjektiva.

#### 4.2.3 Skada när leverantören anser att samtliga anbud borde ha förkastats

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

Kammarrätten i Göteborg anförde i ett mål följande resonemang för att den sökande leverantören då ska anses lida skada.<sup>46</sup>

”Det är en grundläggande princip att anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav ska förkastas. Om det som i det här fallet saknas giltiga anbud i upphandlingen får [myndigheten] avbryta den och genomföra en ny upphandling. Vid ett nytt förfarande hade [den sökande leverantören] fått en ny chans att tilldelas kontraktet. Att bolaget går miste om den möjligheten innebär att leverantören lider eller i vart fall riskerar att lida skada.”

Motsvarande resonemang har även förts av kammarrätterna i Jönköping och Stockholm.<sup>47</sup>

I motsvarande situation har Kammarrätten i Göteborg i ett annat mål konstaterat att en sökande leverantör inte lidit skada av att övriga anbud inte förkastats om i vart fall ett anbud i upphandlingen uppfyllt de ställda kraven, eftersom upphandlingen då inte ska göras om.<sup>48</sup>

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

Bland andra Kammarrätten i Jönköping har dock expanderat denna typ av skaderesonemang till att potentiellt gälla alla överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet.<sup>49</sup> Kammarrätten konstaterade i likhet med avgörandena ovan att en leverantör som uteslutits normalt sett inte hade lidit skada av att

<sup>46</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 406-17.

<sup>47</sup> Liknande uttalanden gjordes av Kammarrätten i Jönköping i mål nr 3238-15, av Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 1597-15 och 6441-16 och av Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5640-15, 6420-15, 7055-16 samt 3265-17.

<sup>48</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2494-14. Målet rörde formellt sett en ogiltighetstalan men eftersom det var fråga om att myndigheten tecknat avtal i strid med rådande avtalsspärr fick kammarrätten anledning att pröva om myndigheten även begått ett upphandlingsrättsligt fel som sökande leverantör lidit skada av (jfr 20 kap. 13 § 1 andra stycket LOU).

<sup>49</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2658-2667-13.

även andra leverantörer borde ha uteslutits om det inte är så att det därmed inte finns något anbud att anta. Skadan som den sökande leverantören därmed lider är att nekas möjligheten att i en omgjord upphandling delta med anbud och att i förlängningen tilldelas kontrakt. Därefter gjorde kammarrätten följande uttalande.

”Likaså kan det enligt kammarrättens mening finnas situationer där en diskvalificerad anbudsgivare bör kunna göra gällande att en brist i förfrågningsunderlaget medför att anbudsgivaren i fråga lidit eller i vart fall riskerar att lida skada (jfr Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 214, och Kammarrättens i Stockholm dom den 26 november 2010 i mål nr 3480-10). Även i ett sådant fall medför en ny upphandling en ny möjlighet att lämna anbud och att tilldelas kontrakt.”

Även Kammarrätten i Göteborg har fört denna typ av resonemang som synes innebära att skada kan anses föreligga i samtliga fall där ett bifall av talan skulle medföra ett förordnande om att upphandlingen ska göras om.<sup>50</sup>

I ett mål från 2018 utvecklade Kammarrätten i Jönköping sitt resonemang enligt följande med hänvisning till EU-domstolens avgöranden i *Fastweb* och *PFE*.<sup>51</sup>

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

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

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

Det ovan konstaterade upphandlingsfelet är enligt kammarrättens bedömning av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbe-

<sup>50</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4217-17.

<sup>51</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2809-17. EU-domstolens avgöranden i mål C-100/02, *Fastweb SpA* och mål C-689/13, *PFE* har behandlats i del 1 av denna artikelserie.

gränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Ett beslut om ingripande mot upphandlingen bör, med hänsyn till att felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, föranleda att upphandlingen görs om. Eftersom bolaget under sådana omständigheter har möjlighet att inkomma med ett nytt anbud – varvid det även finns möjlighet att åtgärda de av [den upphandlande myndigheten] anförda bristerna i bolagets kravuppfyllnad – kan det inte uteslutas att bolaget, vid ett nytt anbudsförfarande, skulle kunna delta och antas som leverantör. Även om bolagets anbud på de av [den upphandlande myndigheten] angivna grunderna inte uppfyller samtliga obligatoriska krav och därmed rätteligen borde ha förkastats, får detta anses tillräckligt för att bolaget till följd av det konstaterade felet ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen. Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art ska upphandlingen göras om.”

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

Vi kommer i den avslutande delen av denna artikelserie att behandla denna typ av ”cirkelskaderesonemang” särskilt, men kan redan nu konstatera att det finns anledning att förhålla sig skeptisk till dem, då de i princip innebär att skaderekvisitet anses uppfyllt så fort fråga är om en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet.

#### 4.3 Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principen om öppenhet (transparens)

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

I doktrinen har det angetts att skaderekvisitet i LOU är relativt lågt ställt och att det i normalfallet torde vara uppfyllt vid överträdelser hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet förutsatt att den sökande leverantören hade kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt om bristen inte hade existerat. Det krävs dock att den aktuella bristen på något sätt har påverkat den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt.<sup>52</sup> Skadan tillåts dock vara mer

<sup>52</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm 2012, s. 213 f.

abstrakt beskriven vid brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet än vad som vanligen kan krävas i andra typer av överprövningar.<sup>53</sup>

Kammarrätten i Göteborg fann i ett mål att ett krav som den sökande leverantören inte uppfyllt var så otydligt att det inte kunde krävas att leverantören skulle ha insett vad som skulle tillföras anbudet för att uppfylla kravet.<sup>54</sup> Kammarrätten fann att bolaget lidit skada av felet, eftersom det fått sitt anbud förkastat. I sin skadebedömning utgick kammarrätten till synes från det faktum att anbudet förkastades utan att i övrigt pröva vilken plats i utvärderingen som anbudet faktiskt skulle ha placerat sig på om det inte hade förkastats. Istället framstår det som om själva förkastandet utgjorde tillräcklig skada för att upphandlingen skulle göras om.

En annan närliggande fråga är när förfrågningsunderlaget i sig innehåller sådana brister i öppenhetshänseende att anbudsgivaren inte kunnat förstå dem och gör gällande att den kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt om kraven hade gått att förstå. Kammarrätten i Stockholm har exempelvis i ett avgörande funnit att ett förfrågningsunderlag lämnat ett stort utrymme för den upphandlande myndighetens godtycke och att det därför inte kunde anses vara tillräckligt förutsebart och tydligt utformat.<sup>55</sup> Enligt kammarrättens mening hade denna brist på transparens medfört att den sökande leverantören inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget lidit skada. I skadebedömningen gjorde dock kammarrätten ingen värdering av hur bolaget faktiskt skulle ha utformat sitt anbud på ett annorlunda sätt och varför denna brist hade lett till att leverantören lidit skada. Snarast förutsatte kammarrätten att leverantören hade kunnat utforma sitt anbud på ett sätt som medfört att leverantören kunnat komma ifråga för kontraktstilldelning om kraven varit tillräckligt transparenta. Något resonemang om hur det faktiskt skulle ha skett eller vilken effekt det hade fått på utvärderingen av anbudet och kontraktstilldelningen förde kammarrätten inte.<sup>56</sup>

Kammarrätten i Göteborg har i ett liknande mål uttalat följande.<sup>57</sup>

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

<sup>53</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster – En kommentar*, Norstedts juridik 2015, s. 641.

<sup>54</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4889-17.

<sup>55</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5098-15.

<sup>56</sup> Liknande bedömningar gör samma kammarrätt i mål nr 6086-16, 5053-16 och 1324-17.

<sup>57</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5113-15.

lunda ut om bristen i förfrågningsunderlaget inte hade förekommit. [Den sökande leverantören] har därmed riskerat att lida skada.”

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

Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande från april 2018 uttalat att när upphandlingsdokumenten är bristfälligt utformat räcker det att det inte kan utslutas att leverantören kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om bristen inte hade förelegat, för att leverantören ska anses ha lidit skada.<sup>58</sup> I ett avgörande från juni samma år förtydligade dock kammarrätten att det krävs någon form av klargörande eller konkret beskrivning från den sökande leverantörens sida kring på vilket sätt den åberopade bristen lett till den påstådda skadan.<sup>59</sup> Enligt kammarrättens mening kan man dock i denna typ av mål vad gäller skadebedömningen inte upprätthålla ett allt för högt ställt beviskrav. Kammarrätten konstaterade därefter att de beräkningar som gjorts av den sökande leverantören inte visat annat än att frånvaron av bristen endast skulle haft en marginell påverkan på anbuden. Som en följd därav ansåg kammarrätten att leverantören inte visat att den lidit eller riskerat lida skada på grund av de fel som begåtts.

Kammarrätten i Jönköping har i sin tur konstaterat att en leverantör i vart fall kunnat komma att lida skada av att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget inte hade angett hur många ramavtalsleverantörer som den avsåg att anta.<sup>60</sup> Den sökande leverantören hade kommit på tredje plats i utvärderingen men den upphandlande myndigheten hade enbart antagit två leverantörer.

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

<sup>58</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2237-17.

<sup>59</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 272-18. Se motsvarande resonemang i Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 4062-16 och 4063-16.

<sup>60</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1324-17.

anbud med hänvisning till de reservationer som de allmänna villkoren innebar i förhållande till myndighetens avtalsutkast.<sup>61</sup>

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

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

I ett tidigare meddelat mål förde Kammarrätten i Stockholm samma typ av resonemang, men accepterade samtidigt vad kammarrätten beskriver som en något vag beskrivning av skadan när den uttalade bl.a. följande.<sup>62</sup>

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

#### 4.4 Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principen om proportionalitet

I mål som avser överträdelse av proportionalitetsprincipen är det förhållandevis vanligt att domstolen, snarare än att ta sikte på vilken skada ett visst krav inne-

<sup>61</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 766-17.

<sup>62</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4063-16.

bär för den sökande leverantören, tar fasta på vilken typ av effekt ett oproportionerligt krav kan få på marknaden i sin helhet. Exempel på detta finns bland annat från Kammarrätten i Sundsvall, som vid ett oproportionerligt krav inte gjorde någon skadebedömning överhuvudtaget utan endast konstaterade att kravet, som endast kunde uppfyllas av den vinnande leverantören, var oproportionerligt och att upphandlingen därför skulle göras om.<sup>63</sup> Än tydligare är detta perspektiv i ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm.<sup>64</sup> Kammarrätten uttalar där bl.a. följande.

”Det uppställda bör-kravet och utvärderingsmodellen riskerar vidare leda till att konkurrensen begränsas på ett sätt som inte är nödvändigt genom att potentiella leverantörer som inte redan finns etablerade på orten avhåller sig från att lämna anbud på upphandlingen. Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten därför att [den upphandlande myndigheten] inte kan anses ha visat att det aktuella bör-kravet och tillhörande utvärderingsmodell är proportionerliga. Myndigheten har alltså genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091). Vid sådant förhållande och där de aktuella villkoren i upphandlingen kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandling göras om.”

Som kan utläsas utgick kammarrätten i skadebedömningen från skadan på det konkurrensuppsökande skedet, och inte från den specifika skada som den sökande leverantören har lidit av det aktuella felet. I de aktuella fallen intog domstolarna därmed en rent allmänpreventiv inställning till upphandlingsprocessen och den skada som marknaden i stort kan anses ha lidit av de påstådda felen.

Särskilt tydligt blir denna allmänpreventiva inställning i ett annat avgörande från Kammarrätten i Stockholm där kammarrätten bl.a. uttalade att en myndighets åtgärder framstår som oproportionerliga eftersom ”*en eller flera leverantörer*” inte gavs möjlighet att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt på grund av att den upphandlande myndigheten genom sina ställda krav endast ville undvika ett ringa merarbete.<sup>65</sup> Kammarrätten tog i målet uttalat ställning för en större grupp leverantörers möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud trots att domen bara omfattade en leverantörs ansökan om överprövning.

De allmänpreventiva resonemangen ovan ska kontrasteras mot exempel på skadebedömningar med en tydligare koppling till skadan för den sökande leverantören. Sådana bedömningar har bland annat gjorts av Kammarrätten i Göteborg där en leverantör fått sitt anbud förkastat på grund av ett oproportionerligt ska-krav.<sup>66</sup> I det fallet ansåg domstolen att ett ingripande skulle ske i upphandlingen på grund av den direkta skada som leverantören lidit av att få

<sup>63</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1308-18.

<sup>64</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2222-16.

<sup>65</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3560-14.

<sup>66</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3309-13.



sitt anbud förkastat.<sup>67</sup> Samma typ av bedömning gjorde Kammarrätten i Stockholm i ett mål där kammarrätten slog fast att en leverantör fick anses ha lidit skada av att fråntas möjlighet att delta med anbud i en upphandling på grund av ett oproportionerligt krav.<sup>68</sup> Enligt vår mening kan det argumenteras för att skadebedömningen blir mer konkret om en leverantör inte fått sitt anbud utvärderat på grund av ett olagligt krav, varför risken för en sammanblandning av valet av ingripande blir betydligt mindre i dessa fall.

En liknande bedömning gjorde Kammarrätten i Göteborg i frågan om en leverantörs möjligheter att utforma sitt anbud som en följd av en myndighets oproportionerliga krav.<sup>69</sup> Kammarrätten gjorde i det aktuella fallet bedömningen att leverantören, genom en utförlig redogörelse för på vilket sätt det otillåtna kravet påverkat prissättningen av dess anbud, gjort sannolikt att den inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud på grund av det aktuella kravet och att leverantören därför lidit skada av överträdelsen.<sup>70</sup>

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande gjort klart att man tillämpar en lägre tröskel vad avser konkretisering av skada vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet, såsom ett oproportionerligt högt ställt krav.<sup>71</sup> Domstolen uttalande bl.a. följande.

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

<sup>67</sup> Liknande bedömningar har gjorts av Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 949-10, Kammarrätten i Göteborg i mål nr 1227-08, Kammarrätten i Stockholm i mål nr 7561-15 och Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1024-15 och 378-15.

<sup>68</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4283-08. Liknande bedömningar har gjorts av samma kammarrätt i mål nr 3477-09 och 4846-09.

<sup>69</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4593-12.

<sup>70</sup> Liknande uttalanden görs av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 2538-14 och av Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2437-09.

<sup>71</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8972-12.

Detta avgörande ger vid handen att det finns ett återopandekrav åtminstone i den meningen att leverantören måste göra gällande att det oproportionerliga kravet inneburit en begränsning i leverantörens möjlighet att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Det verkar emellertid inte finnas något som helst beviskrav, i det att leverantören på något sätt måste visa att så är fallet. Detta gör att det i princip räcker att leverantören påstår skada på visst sätt för att skadan ska anses visad. Som vi kommer att diskutera i den sista delen av denna artikelserie finns det anledning att ifrågasätta lämpligheten i att, som kammarrätten gör i detta mål, sänka beviskravet så lågt att det i praktiken blir ett krav på återopande och inget annat.

#### 4.5 Skadebedömningen när den upphandlande myndigheten tillämpat fel typ av förfarande

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

Exempelvis har Kammarrätten i Stockholm i ett mål prövat frågan om en leverantör lidit skada av valet av förfarande när leverantören själv deltagit i förfarandet.<sup>72</sup> I målet hade myndigheten felaktigt övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och den sökande leverantören hade deltagit i förhandlingarna och lämnat anbud. Kammarrätten konstaterade i målet att sökanden inte angett på vilket sätt sökanden lidit skada av valet av förfarande. Istället noterade domstolen att myndigheten uppgett att båda de leverantörer som deltog vid förhandlingarna fick möjlighet att anpassa sina anbud efter myndighetens kravställning och att inga krav i förfrågningsunderlaget ändrades. Vidare hade det inte framkommit att myndigheten gynnat någon av leverantörerna vid förhandlingarna. Enligt kammarrättens mening låg det därmed i sakens natur att skada för leverantören inte uppkommit eller kunnat uppkomma.

En liknande bedömning gjorde Kammarrätten i Göteborg när den konstaterade att den sökande leverantören inte var skadelidande när den dels bjudits in att delta med anbud när myndigheten övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dels inte specificerat på vilket sätt valet av förfarandet medfört att den lidit eller riskerat lida skada.<sup>73</sup>

Det kan sammanfattningsvis konstateras att kammarrätterna i ovan fall anser att en leverantör som deltagit i ett förfarande, som förvisso varit olagligt, inte

<sup>72</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4076-14.

<sup>73</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3471-13.

kan lida skada av valet av förfarande som sådant. Snarast krävs det då att leverantören kan visa att genomförandet av själva förfarandet skett i strid med de allmänna principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det bör dock understrykas att det finns gott om avgöranden, varav flera redovisas i denna artikel, där kammarrätterna snarare synes presumera skada vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet. Om någon slutsats ska dras så är det nog så att skadebedömningen har blivit strängare just vad avser den specifika överträdelse som behandlades i HFD 2013 ref. 53. I andra typer av överträdelser förekommer det fortfarande att skada presumeras vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet.

#### 4.6 Skadebedömningen vid överträdelser av diverse formaliabestämmelser

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

I ett mål från Kammarrätten i Jönköping hade den vinnande leverantören tillåtit att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avsåg behörighet att utöva yrkesverksamhet, i strid med bestämmelserna om åberopande av annans kapacitet, se 14 kap. 6 § LOU.<sup>74</sup> I upphandlingsdokumenten hade det dock klargjorts att ett sådant åtagande godtogs. Kammarrätten ansåg därför att myndigheten brutit mot LOU genom att tillåta denna typ av åberopande av annans kapacitet. I sin skadebedömning konstaterade domstolen att den sökande leverantören hade uppgett att den hade tilldelats kontrakt om det inte vore för den aktuella bristen, vilket myndigheten inte hade ifrågasatt. Därför ansåg kammarrätten att leverantören gjort sannolikt att den lidit skada på det sätt som krävs enligt 20 kap. 6 § LOU.

I ett av Kammarrätten i Stockholms mål hade den upphandlande myndigheten, i strid med upphandlingsrätten, blandat samman kvalificeringskrav och utvärderingskriterier genom att utvärdera anbudsgivarnas organisatoriska resurser för uppdragets utförande.<sup>75</sup> Vad avser skadan konstaterade kammarrätten att den sökande leverantören hade anfört att dess anbud hade kunnat utformas på annat sätt och att utfallet av anbudsutvärderingen hade kunnat bli väsentligen annorlunda om det inte vore för överträdelserna. Leverantören hade också anfört att om det t.ex. uppställts en poänggräns för referensomdömena under kvalificeringsfasen hade anbud som nu utvärderats istället kunnat komma att diskvalificeras. Enligt kammarrätten hade leverantören därigenom visat att det

<sup>74</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3427-17.

<sup>75</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 486-17.

sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts medfört att bolaget kunnat komma att lida skada.

I ett annat mål hade Kammarrätten i Stockholm att pröva huruvida den sökande leverantören kunde anses lida skada när en myndighet i strid med lag hade hänvisat till vissa varumärken.<sup>76</sup> Kammarrätten delade förvaltningsrättens bedömning vilken uttalade bl.a. följande i skadedelen.

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

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

Kammarrätten i Stockholm har vidare prövat frågan om en myndighet hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att företrädare för myndigheten haft omfattande kontakter med en av anbudsgivarna inför och under den aktuella upphandlingen.<sup>77</sup> Kammarrätten fann att då det finns objektiva omständigheter som ger anledning att ifrågasätta om myndigheten hade behandlat alla leverantörer lika i upphandlingen, uppstod en presumtion för att detta inneburit en konkurrensfördel för den vinnande leverantören, vilken kan ha medfört en snedvridning av konkurrensen. Det ankom därmed på myndigheten att visa att alla anbudsgivare hade behandlats lika i upphandlingen. Då myndigheten enligt kammarrättens bedömning inte förmått visa att den hade behandlat alla leverantörer lika i upphandlingen skulle den sökande leverantören anses ha lidit skada av olikabehandlingen. Detta trots att Kammarrätten inte kunde peka ut på vilket sätt konkurrensen faktiskt snedvridits eller på vilket sätt de konkur-

<sup>76</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7824-16.

<sup>77</sup> Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6449-17.

rensfördelar, som den vinnande leverantören presumeras ha fått, hade påverkat den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Vidare har Kammarrätten i Jönköping konstaterat att den sökande leverantören lidit skada i ett fall där den vinnande leverantören tillåtits göra en otillåten rättelse av sitt anbud.<sup>78</sup> Kammarrätten fann att myndighetens agerande inneburit att den sökande leverantören hade lidit skada eftersom den hade placerat sig på andra plats i anbudsutvärderingen, och hade tilldelats kontrakt om det inte vore för den otillåtna kompletteringen.

Ett, enligt vår mening, mycket väl utvecklat skaderesonemang från Kammarrätten i Jönköping återfinns i ett mål avseende frågan om anbudsgivarna getts tillräcklig tid att inkomma med anbud i en upphandling.<sup>79</sup> Kammarrätten anger följande avseende om leverantören lidit skada av den korta anbudstiden.

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

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

Det är således tydligt att kammarrätten ställt krav på att leverantören i tillräcklig grad ska kunna precisera i vilken mån denna lidit skada av det aktuella felet genom att redogöra för på vilket sätt bristen i upphandlingen faktiskt påverkat leverantörens möjligheter att lämna sitt bästa anbud och, i förlängningen, att tilldelas kontrakt. Det kan särskilt noteras att kammarrätten inte stannade

<sup>78</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3133-17.

<sup>79</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2805-14.

vid frågan om utformningen av leverantörens anbud, utan också klargjorde att anbudets utformning ska kunna leda till en förändrad möjlighet att tilldelas kontraktet i fråga.

#### 4.7 Skada vid ogiltighet av avtal

Som framgår av avsnitt 2 ovan krävs det inte att den sökande leverantören lider skada av ett avtals ingående vid en ansökan om överprövning av avtals giltighet, när det är fråga om avtal som ingåtts utan föregående annonsering (trots att annonseringsplikt förelegat) eller vid otillåtna direktupphandlingar (tillsammans benämnda ”otillåtna direkttilldelningar” i följande redogörelse), se 20 kap. 13 § 1 p. LOU.

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

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

Gränsdragningen mellan de två typerna av kontrakt kommer vi inte beskriva mer ingående än så i detta sammanhang, men ur ett skadeperspektiv kan konstateras att frågan är högst relevant. Om det är fråga om att avtal har tecknats utan föregående annonsering (trots att annonseringsplikt förelegat), ska domstolen endast pröva just frågan om avtal har ingåtts utan iakttagande av annonseringsplikt. I ett sådant mål är det irrelevant om den sökande leverantören har lidit skada av att just det avtalet ingicks.<sup>80</sup>

I ett mål hos Kammarrätten i Göteborg prövade kammarrätten bl.a. giltigheten av ett avtal om måleriarbeten. Måleriavtalet tillkom genom en förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal, och avsåg ”målningsarbeten”.<sup>81</sup> Avtalet omfattade utöver målningsarbeten dessutom fönsterrenoveringsåtgärder. När förvaltningsrätten avgjorde målet resonerade domstolen kring omfattningen av avtalet, och kom fram till att fönsterrenoveringsåtgärderna inte kunde inrym-

<sup>80</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 549–550-18.

<sup>81</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 687-18.

mas i begreppet ”målningsarbeten”, och att ”måleriavtalet” därmed inte kunde anses ingå i ramavtalet för måleri utan föregående annonsering. Denna tolkning antyder att det inte är fråga om ogiltigförklaring av ett avtal som tillkommit efter en otillåtet genomförd förnyad konkurrensutsättning, utan istället som en ren direkttilldelning. Trots detta prövade förvaltningsrätten om den sökande leverantören hade lidit skada av överträdelsen av LOU.

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

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

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

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

#### *4.7.1 Skada vid otillåtna direkttilldelningar*

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

Kammarrätten i Göteborg prövade frågan om omständigheter som inte åberopats av den sökande leverantören kunde läggas till grund för ogiltigförklaring av ett avtal.<sup>82</sup> En upphandlande myndighet hade genomfört en upphandling, men inget anbud kunde accepteras, varvid den upphandlande myndigheten övergick till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten ansåg att den sökande leverantören inte borde ha fått delta i det nya förfarandet (eftersom anbudet inte hade uppfyllt de formella kraven i upphandlingen), och genom att bjuda in även den sökande att lämna anbud var förutsättningarna för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte uppfyllda.

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

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

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

#### 4.7.2 Skada då sökanden gör gällande väsentlig ändring (ogiltighet)

På motsvarande sätt finns det inte något skaderekvisit för ogiltigförklaring av väsentliga ändringar i kontrakt som i och för sig upphandlats enligt lagarna. Om ett kontrakt har varit föremål för sådana ändringar som anses vara väsentliga enligt 17 kap. 8–14 §§ LOU, utgör ändringen en otillåten direkttilldelning. Vid en talan om ogiltigförklaring av sådana ändringar i upphandlade avtal tillämpas 20 kap. 13 § 1 p. LOU, dvs. ogiltigförklaring utan skaderekvisit.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6481-17.

<sup>83</sup> Se exempelvis Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6695-15 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2751-17.



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

En särskild grund för ansökan om överprövning av avtals giltighet utgörs av möjligheten att ogiltigförklara ett avtal som tecknats i strid med gällande avtalsspärr eller interimistiskt beslut från domstol om avtal tills vidare inte får tecknas, se 20 kap. 13 § andra stycket LOU. För ogiltighet i sådana fall krävs det att den sökande leverantören visar att den upphandlande myndigheten dessutom gjort sig skyldig till någon annan överträdelse av bestämmelserna i LOU samt att den överträdelsen har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. I en överprövning av avtals giltighet, där avtal tecknats i strid med avtalsspärr, kommer processen således att bli densamma som om det vore en överprövning av den bakomliggande upphandlingen. Det som framgått ovan avseende skaderekvisitet vid överprövning av upphandling är därmed tillämpligt även på en talan om ogiltighet med stöd av 20 kap. 13 § andra stycket LOU.<sup>84</sup>

## 5. SAMMANFATTNING OCH REFLEKTION

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

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

I viss mån kan Högsta förvaltningsdomstolen hållas ansvarig för denna utveckling, eller snarare brist på utveckling. Det är lätt att få intrycket att Högsta förvaltningsdomstolen i sina prejudikat fokuserat på bedömningen av överträdelsen och behandlat skadebedömningen, som rätteligen borde ingå i alla överprövningsmål förutom vid rena direkttilldelningar, styvmoderligt. En bidragande orsak till detta kan kanske också vara att Högsta förvaltningsdomstolen, åtminstone i överprövningsmål, förefaller ha tillämpat principen ”less

<sup>84</sup> Jfr exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2494-14.

is more” vid sin domskälsskrivning. I jämförelse med exempelvis Högsta domstolens avgöranden rörande skadestånd på upphandlingsområdet är det tydligt att Högsta förvaltningsdomstolen helt enkelt använder sig av färre ord och en mer avskalad formuleringsstil än vad Högsta domstolen gör. Detta har säkert sina anledningar men det kan enligt vår mening ifrågasättas om inte ett ungt rättsområde, såsom upphandlingsrätten, hade mått bra av lite mer resonerande och utvecklade domskäl. Ofta är det lättare för läsaren att ta till sig ett domslut, och ett prejudikat får också större förankring, om det står i tydlig dag hur domstolen har resonerat sig fram till prejudikatet. Vi har exempelvis sett i avsnitt 3 ovan hur kammarrätterna inte inordnat sig efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37 där Högsta förvaltningsdomstolen fann att en upphandling ska göras om i de fall ett anbud felaktigt antagits trots att det inte uppfyller samtliga ska-krav. En anledning till detta kan nog mycket väl vara avsaknaden av redogörelse för hur Högsta förvaltningsdomstolen kom fram till detta slut.<sup>85</sup>

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

1. Även om det finns gott om framträdande undantag, så förefaller det som att skaderekvisitet tillämpas lite mer strikt i de fall då den sökande leverantören gör gällande att den vinnande leverantörens anbud ska förkastas, i vart fall i den bemärkelsen att man kräver en starkare koppling mellan överträdelsen och den sökande leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt. Möjligen är detta förhållande kopplat till att det då, typiskt sätt, är fråga om en överträdelse som inte påverkar det konkurrensuppsökande skedet. Undantaget från detta är naturligtvis Högsta förvaltningsdomstolens svärbegripliga avgörande i HFD 2016 ref. 37.
2. Det finns en tydlig tendens, både hos Högsta förvaltningsdomstolen och hos kammarrätterna att i samband med sin skadebedömning även ta hänsyn till en form av marknadsskada, dvs. frågan om den sagda överträdelsen även kan antas ha påverkat andra leverantörer än den leverantör som ansökt om överprövning. Domstolarna tar här en form av allmänpreventiva hänsyn där varje individuell överprövning inte bara syftar till att tillvarata den sökande leverantörens rätt, utan hela marknadens rätt till korrekt genomförda upphandlingsförfaranden. Även om detta inte går att utläsa av förarbetena är det

<sup>85</sup> Ett exempel på ett möjligt avsteg från Högsta förvaltningsdomstolens kortfattade skrivstil ser vi i det nyligen meddelade avgörandet i mål nr 3830-17. Förutom utförligt resonerade domskäl finner vi där även ett mycket värdefullt särskilt yttrande från justitierådet Eskil Nord, som på ett pedagogiskt sätt förklarar utvecklingen över tid vad avser den i målet aktuella rättsfrågan.

kanske även denna typ av resonemang som ligger bakom att upphandlingar ska göras om snarare än rättas i vissa fall samt att en ansökan om överprövning av avtals giltighet vid otillåten direkttilldelning saknar skaderekvisit i svensk lagstiftning.

3. Även om det finns undantag synes den absoluta huvudregeln vara att det knappt görs någon skadebedömning alls vid överprövningar av överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet. I den mån skadebedömningar görs präglas de, så när som på i den specifika situation som förelåg i HFD 2013 ref. 53, av ett så lågt beviskrav att det egentligen snarare är fråga om en ren åberopsbörd. Det räcker många gånger att den sökande leverantören påstår att en viss överträdelse påverkat dess möjligheter att lämna anbud, eller påverkat anbudets utformning, för att leverantören ska anses lida skada.
4. I vissa fall förs till och med en sorts cirkelresonemang där redan det förhållandet att en leverantör skulle gynnas av domstolens förordnande om att upphandlingen görs om, vilket naturligtvis är sant för alla leverantörer som förlorat en upphandling, är tillräckligt för att leverantören ska anses ha lidit skada. Denna typ av resonemang leder till att skaderekvisitet i princip förlorar betydelse i varje situation där rätten vid bifall ska förordna om att upphandlingen ska göras om.

Sammantaget ger praxis intrycket av att skaderekvisitet i princip saknar betydelse i huvuddelen av alla överprövningsmål och att överprövningsinstitutet mindre handlar om att tillvarata den enskilde leverantörens rätt och mer om att kontrollera huruvida den upphandlande myndigheten gjort fel, dvs. ett mer allmänpreventivt förhållningssätt. Som vi kommer att behandla i den tredje och sista delen av vår artikelserie är det vår uppfattning att detta förhållande över tid riskerar att underminera förtroendet för upphandlingsregelverket och försvåra möjligheterna för upphandlade myndigheter att genomföra upphandlingar på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt.

