
TANKAR OM SKADA I UPPHANDLINGSRÄTT, DEL 3

Erik Olsson, Kristian Pedersen, Magnus Ehn, Olle Lindberg och Viktor Robertson*

1. INLEDNING

Detta är den tredje och sista delen i vår serie krönikor om skadebegreppet vid överprövning av upphandling. I den första delen gick vi igenom rättsutvecklingen vad avser skadebegreppet på en unionsrättslig nivå och redogjorde för relevanta direktivsbestämmelser, EU-domstolens, Tribunalens samt EFTA-domstolens praxis och den diskussion som förevarit i europeisk doktrin om det upphandlingsrättsliga skadebegreppet.

I den andra delen gjorde vi motsvarande övning för svenska förhållanden. Vi gick igenom de svenska lagbestämmelserna, Högsta förvaltningsdomstolens och kammarrätternas avgöranden samt diskussion i förarbeten och doktrin.

Vad som framkommit vid vår genomgång är en splittrad och otydlig tillämpning av skaderekvisitet, vilken sker på olika sätt i olika domstolar och i olika situationer. I en inte obetydlig del av de avgöranden som vi analyserat förefaller det som om skaderekvisitet inte tillämpats överhuvudtaget, medan det i andra fall lagts betydande vikt vid om den sökande leverantören lyckats visa sin skada. Att en sådan ordning är olycklig behöver knappast påpekas.

I denna avslutande del av vår serie kommer vi dels att diskutera hur det kan komma sig att skaderekvisitet fått en så styvmoderlig behandling i överprövningsmål och dels undersöka om det finns något annat, unionsrättsligt tillåtet, sätt att förhålla sig till prövningen av en sökande leverantörs skada.

Vår redogörelse har följande disposition. I avsnitt 2 behandlar vi en serie omständigheter som vi bedömer kan ha bidragit till den utveckling vi sett i svensk rättspraxis. I avsnitt 3 ger vi sedan förslag till en metod för prövning av leverantörers skada i överprövningsmål och tillämpar denna i några av de typsituationer som vi även behandlat i föregående del av denna krönika. I avsnitt 4

* Erik Olsson, advokat och delägare, Kristian Pedersen, advokat och delägare, Magnus Ehn, senior specialist, Olle Lindberg och Viktor Robertson, biträdande jurister, samtliga vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

gör vi några avslutande reflektioner för att summera slutsatserna av vår utredning.

2. VARFÖR SER SKADEBEDÖMNINGEN UT SOM DEN GÖR?

2.1 Har förvaltningsprocessens allmänna karaktär kommit att påverka skadebedömningen i upphandlingsmålen?

Som vi redogjort för i vår tidigare krönika i detta ämne (se ERT nr 4, 2018) valde lagstiftaren vid LOU:s tillkomst att placera överprövningsmålen inom ramen för förvaltningsdomstolarnas behörighet. Samtidigt placerades de upphandlingsrättsliga skadeståndsmålen under allmän domstols behörighet.

Frågan är om denna uppdelning har kommit att påverka de bedömningar som sker i överprövningsmålen. För att kunna reda ut denna fråga krävs att förvaltningsprocessens funktion och karaktär behandlas. I författningskommentaren till förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL), anges att förvaltningsprocessens funktion främst är att kontrollera myndigheternas beslutsfattande.¹ Till stöd för denna bedömning hänvisas bl.a. till uttalanden från förarbetena till FPL där det framgår att processen syftar till att nå materiellt riktiga resultat och till att värna den enskildes rättsskydd samt att tillförsäkra den enskilde en god rättssäkerhet.² Detta kan uttryckas som att förvaltningsprocessen är kontrollerande i förhållande till myndighetsbeslut.³

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

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

¹ Se Ulrik von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.*, avsnittet *Förvaltningsprocessens funktion*, Zeteo, Zeteoversion 7.

² A.a.

³ A.a.

Kanske kommer detta till uttryck i de uttalanden som vissa domstolar gjort avseende den skada som ”hypotetiska leverantörer” lidit av brister i en upphandlingskonkurrenssökande skede och som vi kunnat redogöra för i vår förra krönika.

Frågan är om skaderekvisitet hade haft en mer framträdande roll i upphandlingsmålen om lagstiftaren valt att placera även denna måltyp hos allmän domstol. Det kan konstateras att de allmänna domstolarna som regel har en större erfarenhet av att pröva skadeinvändningar, och då särskilt i dispositiva tvistemålsprocesser. I mål om skadestånd är ju kravet på att visa sin skada en direkt avgörande faktor för att den sökande ska kunna få rätt till ersättning från sin motpart. Steget för de allmänna domstolarna att göra samma typ av prövningar inom ramen för en överprövningsprocess torde knappast vara särskilt långt.

En jämförelse kan göras med den praxis som utmejslats av Högsta domstolen (”HD”) avseende rätten att få skadestånd för upphandlingsrättsliga fel. Även om dessa situationer avser ett annat ingripande gentemot den upphandlande myndigheten kan det noteras att de rekvisit som HD har att pröva inte skiljer sig nämnvärt från de som är föremål för förvaltningsdomstolarnas prövning, jfr 20 kap. 6 och 20 §§ LOU. I båda fallen ska domstolen besluta om ett ingripande (i det senare fallet i form av utdömande av skadestånd) om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i LOU och detta har lett till att den sökande leverantören har lidit skada.

I ett av de första fall som HD hade att pröva avseende upphandlingsrättsligt skadestånd konstaterar domstolen att den upphandlande myndigheten brutit mot lagen genom att inte anta den sökande leverantörens anbud. Av denna anledning var myndigheten skyldig att utge skadestånd för den skada som därmed uppkommit för leverantören (se ”Arkitektjänst” NJA 1998 s. 873). I den dom som därefter följde uttalade HD att det, för att skada ska ha uppkommit, i princip krävs att leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen (se ”Tvättsvamparna” NJA 2000 s. 712). HD gjorde med andra ord redan tidigt klart att det måste föreligga en koppling mellan skadan och den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas det aktuella kontraktet (jfr i detta fall även ”Ishavet” NJA 2007 s. 349).

I ”Fidelia”, NJA 2013 s. 762, uttalade HD bl.a. följande (p. 22):

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

HD:s tillämpning av skadebegreppet stämmer väl överens med skadeståndsrättens allmänna krav på adekvat kausalitet mellan den uppkomna skadan och skadeorsaken. Utan ett sådant samband kan skadestånd normalt sett inte utgå.⁴

HD kom att utveckla sin syn på kravet på adekvat kausalitet mellan det påstådda felet och skadan särskilt i ”Armémuseum”, NJA 2016 s. 369. HD uttalar där bl.a. följande (p. 24 och 28):

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

(...)

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

HD har även senare uttalat sig om skadeståndets funktion och tillkomst och då haft anledning att pröva skaderekvisitets omfattning.⁵ HD uttalade bl.a. följande (p. 34):

”Upphandlingsfelet undanröjdes emellertid genom kammarrättens beslut. Genom att anbudsförfarandet gjordes om försattes [Sökanden] i samma situation som om något fel inte hade förekommit. I det skedet förelåg det ännu inte någon skada för [Sökanden], motsvarande anbudskostnaderna; en sådan skada skulle ha uppkommit först om de resurser som hade lagts ned i anbudsarbetet inte kunde nyttiggöras i det nya förfarandet.”

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

Det finns en tydlig skillnad mellan det strikta krav på adekvat kausalitet som upprätthålls av HD och de mer tillåtande skadebedömningar som i vissa fall sker i de allmänna förvaltningsdomstolarna. Det kan inte uteslutas att denna

⁴ Se Herre, *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkningar*, Juristförlaget, 1996, tillgänglig online via www.zeteo.nj.se, hämtad 2019-01-03, s. 321 f.

⁵ Se dom av den 27 december 2018 i mål T 1055-18.

mer strikta skadebedömning även hade tillämpats i överprövningsmål om de hade hanterats av allmän domstol.

2.2 Vem ska rättsmedlen skydda?

Av rättsmedelsdirektivet artikel 1.3 framgår att rättsmedlen ska vara tillgängliga ”för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”⁶ Att rättsmedlen generellt sett ska vara tillgängliga för en vid krets av leverantörer, dvs. kunna nyttjas av många enskilda leverantörer, innebär dock inte nödvändigtvis att rättsmedlen i det enskilda fallet ska skydda leverantörskollektivet i stort. Det syns inte minst i EU-domstolens förhållandevis strikta syn på kravet på att ha deltagit i en upphandling för att få inleda en process mot tilldelningen i den. Det EU-rättsliga rättsmedlet har således ett tydligt fokus på den rättssökande leverantörens intresse.⁷

Enligt vår mening finns det i svensk rättspraxis en tendens att i skadebedömningen i överprövningsmål inte endast beakta om *sökanden* lider eller riskerar att lida skada av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU. Istället synes vissa domstolar beakta om överträdelsen medför skada för leverantörskollektivet i stort. Detta tar sig ibland uttryck i ett hypotetiskt test, i vilket domstolen ställer sig frågan om myndighetens överträdelse av LOU kan ha påverkat andra leverantörer, genom att försvåra eller omöjliggöra för dem att lämna anbud i upphandlingen. En överträdelse av bestämmelserna i LOU ”kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede” (när frågan borde vara om överträdelsen kan anses ha skadat den sökande leverantören) samt att en myndighets åtgärder framstod som oproportionerliga eftersom ”en eller flera leverantörer” inte gavs möjlighet att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt.⁸

Det finns visst stöd i EU-domstolens rättspraxis för att ta hänsyn till hur den upphandlande myndighetens agerande påverkar leverantörskollektivet i stort. I såväl *Pressetext* som *Finn Frogne* utgjordes en del av domstolens bedömning av om de åtgärder som vidtagits medfört att ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta.⁹ De uttalanden som EU-domstolen gjort i dessa mål rör dock inte frågan om skada för någon enskild

⁶ Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG) (konsoliderad version).

⁷ Se del 1 i vår artikelserie i ERT nr 3 2018 samt EU-domstolens avgörande i mål C-230/02 *Grossman Air Service*.

⁸ Se Kammarrätten i Stockholms domar i mål 2222-16 respektive 3560-14.

⁹ EU-domstolens dom i mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:351, punkterna 34–37 och dom i mål C-549/14 *Finn Frogne*, ECLI:EU:C:2016:634, punkterna 28-29.

leverantör i samband med utnyttjande av rättsmedlen, utan gjordes som ett led i bedömningen av om de upphandlande myndigheternas agerande utgjort en överträdelse av upphandlingsdirektiven, i form av otillåtna väsentliga ändringar av de upphandlade kontrakten. Detta är något annat än att i samband med skadebedömningen i ett överprövningsmål även beakta påverkan på leverantörskollektivet i stort.

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

2.3 Domstolens val av påföljd och dess koppling till skada

Som vi redogjort för i föregående del av denna serie ska rätten, vid ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU, förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.¹⁰ Som vi också redogjort för är detta en svensk företeelse i så måtto att rättsmedelsdirektivet endast anger att otillåtna beslut ska undanröjas. Vi har vidare beskrivit hur denna ordning har stått oförändrad allt sedan det först blev möjligt att överpröva upphandlingar och att det framgår av Högsta förvaltningsdomstolens praxis – åtminstone av delar av denna – att en upphandling ska göras om i de fall överträdelsern är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.¹¹

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

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

¹⁰ Se avsnitt 2 i Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 2, ERT, häfte 4, 2018.

¹¹ A.a. samt Rå 2008 ref. 28

av hänsyn till tredjemansintresset snarare än att endast begränsas till intresset hos den sökande leverantören.

Domstolen är vid sitt val av påföljd inte bunden av leverantörens yrkande om rättsföljd, utan kan förordna om att en upphandling ska göras om trots att rättelse yrkats. Detta gäller även om en rättelse i det enskilda fallet skulle ha varit tillräcklig för att tillvarata leverantörens intressen och undanröja dennes skada.¹² Genom denna ordning förmås domstolen att i varje mål om överprövning ta ställning till vilken skada ett eventuellt fel kan ha för marknaden i stort istället för den kanske mer relevanta frågan om vilken skada den sökande leverantören kan anses ha lidit. Vi tror att detta är en av förklaringarna till hur skaderekvisitet kommit att behandlas i svensk praxis.

2.4 Fastweb och cirkelresonemang

Vi har i den första delen av denna serie redogjort för EU-domstolens avgöranden i *Fastweb*, *PFE*, *Boku Wien* och *Archus*. Dessa domar innebär att en sökande leverantör vars anbud rätteligen förkastats inte kan anses lida skada av att andra anbudsgivares anbud godkänns. Ett undantag från denna huvudregel är om den sökande kan visa att samtliga övriga anbud också skulle ha förkastats och att upphandlingen därför inte kan avslutas genom att kontrakt tecknas utan måste göras om.¹³

Som vi emellertid också har beskrivit har denna rättspraxis hos vissa kammarrätter tagits till intäkt för att en sökande leverantör *alltid* ska anses lida skada vid överträdelse hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet.¹⁴ Detta eftersom påföljden vid sådana överträdelse är att upphandlingen ska göras om, varvid den sökande leverantören hade fått en ny möjlighet att inkomma med anbud och potentiellt kunnat tilldelas kontrakt.

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

För en sådan bedömning får man ställa sig frågan om leverantören hade hamnat i en bättre sits om myndigheten inte hade begått den aktuella överträdelsen. I de scenarier som EU-domstolen prövar är det lätt att inse att så är

¹² Se Rå 2005 ref. 47 samt HFD 2013 ref. 5.

¹³ Se avsnitt 2 i Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 1, ERT, häfte 3, 2018 samt mål C-100/12, *Fastweb*, EU:C:2013:448; mål C-689/13, *PFE*, EU:C:2016:199; mål C-355/15, *Boku Wien*, EU:C:2016:988 och mål C-131/16, *Archus*, EU:C:2017:358.

¹⁴ Se avsnitt 4.2.3 i Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 2, ERT, häfte 4, 2018 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2658-2667-13 samt i mål 2809-17 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4217-17.

fallet. Vi tänker oss att tre leverantörer, den sökande leverantören A samt de konkurrerande leverantörerna B och C, samtliga inkommer med anbud i en upphandling. Samtliga leverantörers anbud är ofullständiga och ska därför rätteligen förkastas. Om myndigheten hade agerat korrekt i upphandlingen hade den således, i samband med anbudsutvärderingen, förkastat samtliga anbud och gjort om upphandlingen. Om så hade skett hade A rätteligen, jämte B och C, fått *en andra chans* att inkomma med ett fullständigt anbud. I ett scenario där endast A har förkastats av den upphandlande myndigheten har A således lidit skada av att B och C inte också rätteligen förkastades.

Vi tänker oss nu istället en situation där A rätteligen har fått sitt anbud förkastat, men där detta inte kan göras gällande vad avser B och C:s anbud, vilka antagits. A gör istället gällande en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet, exempelvis att det funnits otydligheter i upphandlingsdokumenten i andra avseenden än de som föranledde förkastandet av A:s anbud. I en sådan situation kan det visserligen göras gällande att A hamnar i en bättre situation om upphandlingen görs om. A får ju då en *andra chans* att inkomma med ett fullständigt anbud. Man kan dock inte av detta förhållande dra slutsatsen att A också lidit skada av myndighetens överträdelse.

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

Det är naturligtvis fullt tänkbart att de överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet som A påpekar hade kunnat påverka utgången i upphandlingen. Ett annat förfarande hade exempelvis kunnat påverka om det är B eller C som ska tilldelas kontrakt och bättre utformade upphandlingsdokument hade kanske också medfört att de ytterligare leverantörerna D och E hade inkommit med anbud. Hur det förhåller sig med den saken påverkar emellertid inte det förhållandet att A inte kan anses lida skada av de aktuella överträdelserna. Ett annat sätt att uttrycka det är att upphandlingen mycket väl kan vara utformad på ett felaktigt sätt eller ha fått ett felaktigt utfall utan att det för den sakens skull innebär att just A har lidit skada.

Mot bakgrund av förvaltningsdomstolarnas kontrollerande funktion, som vi redogjort för i avsnitt 2.2 ovan, är det kanske inte så konstigt att vissa kamrätter gjort en övertolkning av EU-domstolens praxis som medgett ett förordnande om att upphandlingen ska göras om när ett fel i det konkurrensuppsökande skedet konstaterats. Den tolkning vi förordar innebär ju potentiellt att konstaterade överträdelser av upphandlingsdirektiven inte åtgärdas eller att en upphandling får ett annat utfall än vad den hade fått vid ett korrekt genomfört

förfarande. Detta kan te sig främmande för hur en förvaltningsdomstol normalt ser på sin uppgift, vilket är att genomföra en kontroll av beslutsmyndighetens agerande. Som vi kommer att behandla i avsnitt 3 finns det dock tungt vägande skäl för rätten att avstå från att ingripa mot överträdelser annat än i de situationer då den sökande leverantören har lidit, eller riskerat lida skada på grund av dessa.

2.5 Bevisbörda och skada

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

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

Som huvudregel gäller inom förvaltningsprocessen att enskilda parter har bevisbördan i mål där den enskilde söker utverka en förmån från det allmänna, medan det allmänna har bevisbördan i mål som rör ingripanden och andra betungande beslut av det allmänna gentemot enskilda.¹⁵ I mål om offentlig upphandling föreligger dock inte någon av dessa två typsituationer. Högsta förvaltningsdomstolen har i stället uttalat att upphandlingsmålen i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare.¹⁶

Lagstiftaren har inte tagit generell ställning till bevisbördans placering i upphandlingsmålen. Det finns dock undantag från detta, således gäller enligt 13 kap. 2 och 3 §§ LOU att det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger skäl för uteslutning, t.ex. på grund av obetalda skatter eller allvarligt fel i yrkesutövningen. Bevisbördans placering i vissa situationer framgår också av rättspraxis. Således är det den som åberopar ett undantag från skyldigheten att annonsera en upphandling som har bevisbördan för det-

¹⁵ Se t.ex. Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 8 uppl., s. 107 f.

¹⁶ Se RÅ 2009 ref. 69.

ta.¹⁷ Det finns också en bedömning i lagens förarbeten att den upphandlande myndigheten bör ha bevisbördan för att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse i mål om överprövning av ett avtals giltighet.¹⁸

Om vare sig lagstiftning eller praxis ger något besked om bevisbördans placering i en viss given situation bör enligt vår uppfattning vägledning kunna sökas utifrån hur bevisfrågor behandlas i tvistemålsprocessen i allmän domstol.¹⁹ Ett antal olika bevisbördeteorier har utvecklats i praxis och doktrin, men vi väljer i detta sammanhang att endast mycket kort beröra två av dessa, som kan komma till användning i upphandlingsmål. Enligt de materiella bevisbördeteorier som fördelas bevisbördan på så sätt att lagens syfte ska få sitt största genomslag.²⁰ När det gäller skaderekvisitet får syftet med bestämmelsen anses vara att rättsliga ingripanden vid fel i myndigheters upphandling endast ska kunna ske när felet har begränsat en leverantörs möjlighet att ingå kontrakt. Att då placera bevisbördan på den som uppger sig ha lidit skada kan bidra till att lagens syfte uppnås. Ett alternativt sätt att placera bevisbördan är utifrån den så kallade bevissäkringsprincipen. Den principen går ut på att den part som typiskt sett har bäst möjligheter och förutsättningar att säkra och lägga fram bevisning också har bevisbördan för det.²¹ Även ur ett bevissäkringsperspektiv framstår det som rimligt att bevisbördan för skada inledningsvis ofta ska placeras hos den sökande leverantören. Det är nämligen som regel denne som får anses ha bäst förutsättningar att säkra eventuell bevisning och föra en argumentation angående de negativa effekter myndighetens överträdelse medfört för den parten.

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

Det bör dock anmärkas att när en leverantör lagt fram tillräckliga bevis för att denne hade haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet om det inte vore för myndighetens överträdelse övergår bevisbördan (den ”falsa” eller ”processuella” bevisbördan) på myndigheten. Det ankommer då på myndigheten att visa att leverantörens ställning inte försämrats. Detta kan ske på två sätt. Myndigheten kan exempelvis sidan anföra motbevisning som visar att leverantörens påståenden är oriktiga. Myndigheten kan även anföra nya omständigheter, vilka inte nödvändigtvis motsäger vad leverantören anfört men som medför att leve-

¹⁷ Se t.ex. EU-domstolens mål C-20/01 och C-28/01 och Högsta förvaltningsdomstolen RÅ 2005 ref. 10.

¹⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 139. Något behov av att ange bevisbördans placering i lagen ansågs inte nödvändig.

¹⁹ Ett stöd för detta kan exempelvis hämtas från RÅ 2009 ref. 69, där det uttalas att upphandlingsmålen har en större likhet med tvistemålen i den allmänna processrätten än med de mål som vanligen förekommer i förvaltningsprocessen.

²⁰ Se Ekelöf, Edelstam, Heuman, Rättegång IV, s. 96–102. Se även Nordh, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, SvJT 2012 s. 781–799.

²¹ Se Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, 2005, s. 166–181. Se även Ekelöf, Edelstam, Heuman; Rättegång IV, s. 105–136.

rantören trots detta inte har haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet. Exempel på sådana omständigheter är att det fanns en ytterligare anbudsgivare som skulle ha tilldelats kontrakt vid bifall till leverantörens talan eller att det förelåg skäl att utesluta leverantören.

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

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

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

Den sökande leverantören hade dock inte bara ifrågasatt själva valet av förfarande, utan även anfört att det fanns andra brister i upphandlingen. Främst gällde det utvärderingsmodellen, som beskrevs ha brister i transparens och öppna för godtycke under utvärderingen. Genom detta ansåg sig den sökande inte ha fått möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. I denna del ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att den sökande inte konkretiserat på vilket sätt de påstådda bristerna medfört skada. Kravet på konkretisering kan härledas till vilka krav som bör ställas på bevisningens styrka, efter det att bevisbördan placerats på leverantören. Domen ger enligt vår tolkning besked om att det inte är tillräckligt att i allmänna ordalag beskriva sin skada för att leverantö-

ren ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda. Exakt var gränsen går för att skadan ska anses vara visad i ett visst fall är naturligtvis omöjligt att säga på förhand. Rent övergripande torde dock krävas en tydlig beskrivning av hur anbudet skulle ha utformats om det inte vore för myndighetens överträdelse och på vilket sätt anbudet i så fall hade blivit mer konkurrenskraftigt.

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

Det bör anmärkas att Högsta förvaltningsdomstolen i senare avgöranden inte förefaller ha varit särskilt trogen den i HFD 2013 ref. 53 fastslagna principen om att den sökande leverantören måste klargöra och konkretisera de omständigheter som medfört skada. Snarare synes man ha återfallit i gamla hjulspår, dvs. behandlat frågan om skaderekvisitets uppfyllelse och bevisfrågorna kring detta på ett tämligen styvmoderligt sätt.²² Vi ser det som önskvärt att Högsta förvaltningsdomstolen i kommande avgöranden utvecklar sin praxis och ger tydligare vägledning om vilken typ av skada det ska vara fråga om samt vilka krav på bevisningens styrka som ska gälla.

3. FÖRSLAG TILL EN NY BEDÖMNING

3.1 Inledning

Enligt vår mening hade den problematik som beskrivits ovan och i del 2 av denna serie kunnat undvikas om domstolarna tillämpade en skadebedömning som är mer lik den skadebedömning som sker i mål om upphandlingsskadestånd och som också används i sådana mål av EU-domstolen och Tribunalen. Enligt vår mening präglas en sådan bedömning av följande moment.

1. Den sökande leverantören ska ha ett intresse av att tilldelas kontrakt i den upphandling som är föremål för prövning.
2. En leverantör som inte inkommit med ett anbud i en annonserad upphandling anses inte kunna lida skada av överträdelser under förfarandet om inte den aktuella överträdelsen är skälet till att leverantören avstått från att lämna anbud.

²² Se HFD 2015 ref. 63 och HFD 2016 ref. 37 II.

3. Om det inte vore för myndighetens överträdelse skulle leverantören ha tilldelats kontrakt, eller i de fall det inte kan fastslås vilken leverantör som då skulle ha tilldelats kontrakt, i vart fall haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet.
4. Det ankommer på leverantören att visa att förutsättningar enligt ovanstående punkter 1–3 föreligger.
5. Några andra intressen än den sökande leverantörens intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen ska inte beaktas vid skadebedömningen.
6. Även om överprövningsprocessen inte föranleder något utdömande av skadestånd ska leverantörens skada, åtminstone hypotetiskt, kunna kvantifieras antingen i termer av utebliven vinst för det aktuella kontraktet eller som en förlorad möjlighet till tilldelning av kontraktet.

3.2 Användning av föreslagen metod i vissa typsituationer

3.2.1 Inledning

I föregående del av denna serie krönikor grupperade vi avgöranden från kamrarrätterna utifrån vissa typsituationer. Vi kommer nedan att återbesöka vissa av dessa typsituationer för att utröna hur de skulle bedömas för det fall ett sådant striktare skaderekvisit som vi skisserat ovan skulle ha tillämpats.

3.2.2 Leverantören har fått sitt anbud förkastat och vill få det utvärderat

Vad avser denna typ av talan kan konstateras att en leverantör som felaktigt fått sitt anbud förkastat i princip måste visa att denne hade tilldelats kontrakt, eller åtminstone visa att den hade haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt, om anbudet tagits upp till utvärdering.

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

Vidare innebär detta att det, förutom den grund på vilken leverantören fått sitt anbud förkastat, inte får finnas ytterligare grunder enligt vilka leverantören rätteligen skulle ha fått sitt anbud förkastat. Det kan naturligtvis diskuteras i vilken mån en upphandlande myndighet, inom ramen för en skadeinvändning, ska kunna åberopa nya grunder för förkastande av leverantörens anbud samt om en domstol bör ta upp sådana grunder *ex officio*. Om den omständigheten att en leverantörs anbud har andra brister än de som leverantören invänder mot tillåts åberopas i processen, och domstolen finner att dessa brister innebär att

dennes anbud rätteligen borde förkastas, så ska detta emellertid föranleda att leverantören inte anses lida skada.

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

3.2.3 Skada när leverantören anser att andra anbud ska förkastas

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

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

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

en fullständig utvärdering av anbuderna och att upphandlingen därför rätteligen skulle ha gjorts om.

3.2.4 Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principerna om öppenhet (transparens) eller proportionalitet

Vad gäller invändningar om att upphandlingsdokumenten har varit ottydligt utformade är vår inställning att det åligger den sökande leverantören att visa att ottydligheten *de facto* har minskat dennes möjlighet att tilldelas kontrakt.

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

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

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

3.2.5 Skadebedömningen när den upphandlande myndigheten tillämpat fel typ av förfarande

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

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

3.2.6 Skadebedömningen vid överträdelser av diverse formaliabestämmelser

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

4. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Vi har i denna artikelserie visat att svenska domstolar inte sällan presumerar skada eller helt bortser från skaderekvisitet vid överprövning av upphandling. Detta innebär visserligen att fler överträdelser av upphandlingsdirektiven korrigeras men innebär samtidigt att rättsmedelsdirektivens fokus på den rättsökande leverantörens intressen sätts ur spel.

I inledningen av den första delen av denna serie redogjorde vi för den skepsis som ibland uttrycks både vad avser antalet överprövningar och vad avser upphandlingsregelverkets komplexitet. Vi tror att en starkt bidragande orsak till detta är just att överprövningsinstitutet förlorat fokus på den sökande leverantörens skada. Detta sker i huvudsak på två sätt.

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

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

I skrivande stund remissbehandlas betänkandet SOU 2018:44.²³ I betänkandet läggs flera förslag fram som syftar till att antalet överprövningsmål ska minska. Bland annat föreslås att det införs en ansökningsavgift samt att ett processkostnadsansvar ska gälla där den förlorande parten ersätter motpartens kostnader i målet. Vår bedömning är dock att målet att minska de negativa effekterna av överprövningsinstitutet bättre kan uppnås genom en mer strikt, och enligt vår mening mer korrekt, tillämpning av skaderekvisitet. Vad vi föreslår ovan har dessutom fördelen att man kan undvika ytterligare en omfattande lagändring på detta rättsområde.

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

²³ Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

