

Skadestånd vid offentlig upphandling

Av jur. kand. DANIEL BJÖRKLUND och professor TOM MADELL

I artikeln diskuteras de sanktioner som finns i de fall en leverantör felaktigt tilldelats ett offentligt kontrakt eller för det fall att en upphandlande myndighet underlåtit att genomföra en offentlig upphandling i relation till domstolspraxis och de nya rättsmedelsdirektiven. Vidare behandlas frågan om dessa sanktioner även är effektiva mot de upphandlande myndigheter som inte följer beslut från allmän förvaltningsdomstol om att en offentlig upphandling skall göras om.

1 Inledning

I den svenska lagstiftningen saknas effektiva sanktioner mot upphandlande myndigheter som inte följer beslut från allmän förvaltningsdomstol om att en offentlig upphandling skall göras om. Såväl i JO-avgöranden¹ som i doktrinen² har det till följd av den typen av domstolstrots vid flera tillfällen påpekats att det finns ett behov av effektiva sanktionsmöjligheter mot upphandlande myndigheter. I de rättsmedelsdirektiv³ som samordnar förfarandet vid prövning av överträdelser av upphandlingsdirektiven⁴ påpekas vikten av att det på nationell nivå dels ges möjlighet för staten att ingripa mot felaktiga upphandlingar, dels ges möjlighet för en enskild leverantör som missgynnats av den felaktiga upphandlingen att kräva ersättning.⁵

Direktiven lämnar dock relativt stor frihet till medlemsstaterna att själva utforma hur en effektiv prövning skall gå till. I huvudsak kan de tillgängliga rättsmedlen sägas bestå av två olika delar, dels prövning före avtalets ingående — vilken väsentligen syftar till att inom rimlig tid rätta till överträdelser av procedurreglerna — dels prövning efter avtalets ingående — vilken normalt endast omfattar skadestånd. I de fall överprövningen beror på att kontraktstilldelningar skett utan någon föregående annonsering har i regel endast skadeståndssanktionen stått till buds; eftersom ett avtal redan slutits ansågs överprövningsmöjligheten under lång tid vara stängd.⁶ Frågan om en förförde-

¹ Se t.ex. JO:s beslut 2007-06-29, dnr 3006-2005, samt JO:s beslut 2007-11-19, dnr 1282-2007.

² Se bl.a. Erik Nerep & Wiweka Warnling-Nerep, *Marknad & Myndighet*, 2006, s. 15 f.

³ Direktiv 89/665/EEG inom den klassiska sektorn och Direktiv 92/13/EEG inom försörjningssektorerna.

⁴ Direktiv 2004/18/EG och Direktiv 2004/17/EG.

⁵ Jfr artikel 2 Direktiv 89/665/EEG.

⁶ En förändring skedde genom RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*), där en kommun avtalat om anskaffning av marknadsföringstjänster utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU trots att så borde ha skett. RegR fann med hänvisning mål C-26/03, *Stadt Halle*, att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut enligt Direktiv 92/50/EEG även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsför-

lad konkurrent skulle få skadestånd vid en tvist i allmän domstol var därmed också i huvudsak av teoretisk karaktär, då det i regel var mycket svårt att bevisa att man skulle ha lämnat ett ekonomiskt mer fördelaktigt anbud i ett läge där det saknades såväl anbuds- som förfrågningsunderlag.⁷

Vikten av fungerande rättsmedel har poängterats på EG-rättslig nivå och i syfte att ytterligare effektivisera förfarandet lade Kommissionen fram ett förslag om ändring i rättsmedelsdirektiven, vilket antogs den 15 november 2007.⁸ Förändringarna är inriktade mot åtgärder före avtalets ingående och syftar i första hand till att komma åt problemet med just kontraktstilldelningar utan föregående annonsering.

Möjligheten att erhålla skadestånd vid ett felaktigt förfarande har aldrig varit tänkt att vara det primära rättsmedlet. För svenskt vidkommande har skadeståndet också visat sig ha en begränsad funktion genom att oklarheter bl.a. beträffande beviskrav och skadeståndets storlek vållat problem vid den praktiska tillämpningen. En sådan begränsning framstår som än allvarligare till följd av de JO-ärenden som visar att överprövningssanktionen inte utgör någon garanti för att det görs någon ny konkurrensutsättning från den upphandlande myndigheten — trots att allmän förvaltningsdomstol ansett att förutsättningar för en förnyad upphandling föreligger. Den upphandlande myndighetens oförmåga eller ovilja att göra om upphandlingen är självklart inte önskvärd och väcker krav på ett fungerande ersättningsrättsligt instrument.

Även om fokus ligger på snabba och effektiva rättsmedel i form av åtgärder innan avtalets ingående och påföljande förnyad konkurrensutsättning bör inte betydelsen av ett fungerande skadeståndsrättsligt moment underskattas. Förutom skyldigheten att implementera direktiven korrekt⁹ är det självklart av vikt att genom effektiva rättsmedel skapa en förutsebarhet för marknadsaktörerna om vilka rättigheter och skyldigheter som följer av regelverket.

Med tanke på de förestående ändringarna i rättsmedelsdirektiven som bl.a. syftar till att ytterligare minska utrymmet för felaktiga upphandlingar utan föregående annonsering blir det naturligt att försöka reda ut skadeståndets funktion vid överträdelser av de svenska reglerna om offentlig upphandling.

farande och före en formell anbudsinfordran. Eftersom avtalet innefattade ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita en viss leverantör utgjorde inte den omständigheten att ett avtal redan förelåg något hinder för en överprövning enligt 7 kap. 1 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. Se även EG-domstolens dom i mål C-126/03, *Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*.

⁷ Se NJA 2000 s. 712 (*Tvättsvamparna*).

⁸ Se KOM (2006) 195 slutlig, Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling.

⁹ Se artikel 249 EG. Se även Simon Evers Hjelmberg m.fl., EU Udbudsretten — udbudsdirektivet för offentliga myndigheter, 2005, s. 373.

2 Upphandlingar utan föregående annonsering eller otillåten direktupphandling

De situationer där en upphandlande myndighet felaktigt anser sig kunna göra ett inköp utan föregående annonsering eller konkurrensutsättning benämns för svenskt vidkommande oftast som otillåten direktupphandling. Begreppet är i realiteten en efterhandskonstruktion då ett avtal ingåtts av myndighet trots att upphandlingslagstiftningen inte beaktats trots att så borde ha skett. Även i svenska översättningar av direktiv och gemenskapsrättsliga rättsfall används termen. På EU-nivå är det begreppsmässigt snarare fråga om otillåtna förhandlade upphandlingar utan föregående annonsering.¹⁰ Termen otillåten direkt kontraktstilldelning kan, i förhållande till gemenskapsrätten, sägas vara mer neutral än begreppet otillåten direktupphandling. När som i förevarande artikel fokus ligger på svensk rätt torde termen otillåten direktupphandling vara mera lämplig och omfattar även otillåtna förhandlade upphandlingar utan föregående annonsering.

En otillåten direktupphandling sker visserligen genom en otillåten tilldelning av kontrakt, men termen "upphandling" bör dock inte ovillkorligen ges samma innebörd som begreppet "tilldelning av kontrakt". Med offentlig upphandling avses enligt definitionen i 2 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtjänster, dvs. hela upphandlingsförfarandet.¹¹ Begreppet tilldelning av kontrakt avser i stället den upphandlande myndighetens beslut i fråga om val av leverantör. En upphandling kan således vara otillåten trots att något beslut om kontraktstilldelning inte fattats.¹²

3 Undanröjande av olagliga beslut

3.1 Grunderna i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG)

Enligt artikel 2.1a Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) åligger det medlemsstaterna att se till så att de i artikel 1 återgivna åtgärderna omfattar behörighet att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen. Enligt stadgandet avses här särskilt åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande

¹⁰ Se Kristian Pedersen, Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna — Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv, ERT 2006, s. 575–592, särskilt s. 580.

¹¹ Lagen gäller — i likhet med lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF — sedan den 1 januari 2008. Upphandlingsdirektiven skulle dock ha varit implementerade i medlemsländerna senast den 31 januari 2006 och Sverige fälldes därför i mål C-258/07 för fördragsbrott enligt artikel 226 EG.

¹² Jfr prop. 2006/07:128, ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, bilaga 14, s. 597.

myndighetens beslut. Medlemsstaten skall vidare enligt artikel 2.1b antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut. Ansvaret för att granskningsorganets beslut åtföljs vilar på medlemsstaten som i överrensstämmelse med artikel 2.7 är skyldiga att införa bestämmelser som garanterar sådan åtlydnad.

Medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande som ger klagande leverantör möjlighet att undanröja en upphandlande myndighets beslut innan ett kontrakt ingås. I artikel 2.6 andra stycket Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) ges möjlighet för medlemsstaterna att föreskriva att prövning efter kontrakts ingående får begränsas till att avse skadeståndstalan. Denna begränsning skulle enligt domstolen i mål C-81/98, *Alcatel*, endast tillämpas på de situationer där kontrakt redan ingåtts. Dessa skulle skiljas från åtgärder enligt artikel 2.1 som tog sikte på åtgärder före kontrakts ingående. Om ingåendet av ett kontrakt och tilldelningen av ett kontrakt inte skildes från varandra skulle det enligt domstolen få den effekten att tilldelningsbeslutet undkommer interimistiska åtgärder och den möjlighet till åsidosättandet av olagliga beslut som enligt artikel 2.1 skall garantera den effektiva prövning av upphandlingsförfarandet som avses i artikel 1. En missnöjd anbudsgivare måste således få en möjlighet att söka överprövning från det att tilldelningsbeslutet fattades och viss tid måste förflyta mellan tilldelningen av ett kontrakt och fram till dess att upphandlingsavtalet sluts.¹³ Exakt hur lång fristen skulle vara utvecklades inte närmare av EG-domstolen utan överlämnades i stället till medlemsstaterna att bestämma. Den svenske lagstiftaren ansåg att tio dagar från det att upplysningar om tilldelningsbeslutet lämnats till anbudssökande och anbudsgivare var en väl avvägd tidsfrist.¹⁴

3.2 Svensk rätt — överprövning

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada får ansöka om överprövning i allmän förvaltningsdomstol.¹⁵ Leverantören behöver inte ha varit anbudssökande eller anbudsgivare. Som leverantör och därmed initialt taleberättigad anses den vara som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.¹⁶ En ansökan om överprövning får enligt 16 kap. 1 § 3 st. LOU prövas fram till dess att kontrakt föreligger och tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten

¹³ Se Mål C-81/98, *Alcatel*, p. 37–40 samt p. 43.

¹⁴ Se prop. 2001/02:142, ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 76.

¹⁵ En leverantör skall vara berättigad till rättslig hjälp när den upphandlande myndigheten genom brott mot LOU förhindrat leverantören från att delta i upphandlingen. En leverantör som känt till upphandlingen men inte inkommer med ansökan i tid har i normalfallet inte ansetts ha lidit eller kunna komma att lida skada. Se Margareta Hentze & Hans Sylvén, *Offentlig Upphandling*, 1998, s. 348.

¹⁶ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 41. Möjligheten tillkommer enligt domstolen ”var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan”.

i enlighet med 9 kap. 9 § LOU underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet. Har rätten fattat ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 2 § 2 st. LOU är fristen för överprövning i stället tio dagar från det att rätten upphävt beslutet.

3.3 Ansökan om överprövning vid otillåtna direktupphandlingar?

Den preklusionsfrist som tiodagarsfristen utgör reglerar inte när en talan senast får väckas för det fall att något upphandlingskontrakt inte föreligger eller upphandlingsmeddelande inte lämnats. I den svenska lagstiftningen finns inte några regler om generell preskription av rätt till överprövning. Att ett avtal kan vara civilrättsligt bindande även om det inte utgör ett upphandlingskontrakt påpekades särskilt i motivuttalandet till 2002 års lagändring.¹⁷ Sådana avtal som inte utgör upphandlingskontrakt sades dock vara något som den allmänna förvaltningsdomstolen skall bortse från vid överprövning av upphandlingen.¹⁸

I RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) hade Nyköpings kommun ingått ett avtal med Ryanair, innebärande att flygbolaget under en period om tio år skulle tillhandahålla kommunen ”marknadsföringsinsatser/nyttigheter” i form av reklam och omnämnande av kommunen som besöksplats och etableringsort för företag m.m. Avtalet hade inte föregåtts av annonsering eller konkurrensutsättning. Rätten hade att ta ställning till huruvida det kontrakt som ingåtts mellan Nyköpings kommun och Ryanair utgjorde hinder mot att ansökan prövades. I likhet med underinstanserna menade Regeringsrätten att avtalet ingåtts utan att bestämmelserna i LOU tillämpats trots att så borde ha skett. På frågan om det ingångna avtalet utgjorde hinder för överprövning hänvisade Regeringsrätten till EG-domstolens dom i mål C-26/03 *Stadt Halle*. I målet uttalade EG-domstolen bland annat att artikel 1.1 i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) skall tolkas så att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet.¹⁹

Regeringsrätten konstaterade att avtalet mellan Nyköpings kommun och Ryanair innefattade ett ställningstagande från kommunens sida att anlita flygbolaget som leverantör vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande. Enligt domstolen utgör därför det faktum

¹⁷ Se prop. 2001/02:142, ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 74 f.

¹⁸ Se prop. 2001/02:142, ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 78.

¹⁹ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 41.

att ett avtal redan föreligger inte något hinder för överprövning enligt LOU.²⁰

Regeringsrättens avgörande får till följd att otillåtna direktupphandlingar i teorin kan överprövas utan begränsning i tiden.²¹ Utgången är rimlig; skulle ett slutet avtal anses utgöra ett hinder skulle möjligheten till överprövning ha begränsats kraftigt vid sådana förfaranden.²²

3.4 Hur påverkas ett ingånget avtal om upphandlingen är otillåten?

Av artikel 2.6 i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) framgår att det är upp till nationell rätt att fastställa vilka verkningar ett förfarande enligt artikel 2.1 skall få på ett redan ingånget avtal. Medlemsstaterna ges därmed en möjlighet att införa bestämmelser med obligationsrättsliga konsekvenser för det fall att avtal slutits.²³ I svensk rätt har lagstiftaren valt att inte ge allmän förvaltningsdomstol möjlighet att bryta upp ingångna avtal om offentliga inköp med stöd av LOU. I propositionen till 1992-års LOU angavs uttryckligen att "det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om en leverantör fattats skall kunna upphävas i administrativ ordning."²⁴

Lagstiftaren har även senare konstaterat att avtal som inte föregåtts av ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande därmed inte behöver vara civilrättsligt ogiltiga. Ett bärande skäl angavs vara de praktiska problem som kan uppstå om den grundläggande påföljden vid civilrättslig ogiltighet är återgång av avtalet. "I den mån en avtalad prestation redan fullgjorts är återgång i praktiken normalt inte möjlig vid tjänsteupphandling och ofta inte heller vid varuupphandling med hänsyn till att köparen ofta redan har förbrukat eller på annat sätt använt sig av varan. Ogiltigheten är sålunda en ofta opraktisk påföljd som bör användas med viss försiktighet"²⁵.

Konsekvenserna av att en allmän förvaltningsdomstol beslutar att en felaktigt genomförd upphandling skall göras om trots att avtal redan slutits kan även bli att en upphandlande myndighet riskerar bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats kontraktet. Efter ett beslut att upphandlingen skall göras om kan myndigheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet, varför detta kan behöva avbrytas. I syfte att undvika sådan skadeståndsskyldighet rekom-

²⁰ Notera här att domstolen inte uppger huruvida upphandlingskontrakt föreligger eller om avgörande faktor för målets utgång varit att något upphandlingsmeddelande inte lämnats.

²¹ Jfr Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 581.

²² Se prop. 2001/02:142, ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 74 f. och s. 78. Se även Wiweka Warnling-Nerep, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots? JT 2006-07, s. 385-407, särskilt s. 407.

²³ Se Simon Evers Hjelmberg, m.fl., 2005, s. 370.

²⁴ Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, s. 101.

²⁵ Prop. 2001/02:142 ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 74 f.

menderades därför den upphandlande myndigheten att ingå ett villkorat avtal.²⁶ Sådana villkor torde dock leda till en avsevärd osäkerhet för den leverantör som tilldelats ett kontrakt och det är därför heller inte så sannolikt att en upphandlande myndighet skall välja att använda sådana villkor.

4 Skadestånd

I de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich*, konstaterade EG-domstolen att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av gemenskapsrätten. En sådan princip var enligt domstolen en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.²⁷ Det är viktigt att påpeka att EG-domstolen inte har ställt upp något självständigt krav på att en medlemsstat skall ha förfarit vårdslöst för att skadestånd skall utgå. I de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, uttalade domstolen att nationella skadeståndsregler — så länge överträdelsen är tillräckligt klar — inte får göra bedömningen beroende av om de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller vårdslöst.²⁸

De nationella domstolarna har dock ansetts kunna undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande. Med risk för att annars själv behöva stå för skadan skall skadelidande visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning.²⁹

4.1 Skadestånd enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

I Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) behandlas skadeståndet endast kortfattat. Syftet med skadestånd uttrycks inte heller separat. I direktivets ingress nämns i sjätte punkten nödvändigheten av att lämpliga förfaranden står till buds inom medlemsstaterna så att ersättning kan ges till dem som skadats av överträdelse. I den direkta regleringen i artikel 2.1c sägs endast att medlemsstaterna skall se till så att en prövning enligt direktivet omfattar en behörighet för den prövande instansen att ge ersättning åt en person som skadats av en överträdelse. Av 16 kap. 5 § LOU följer att en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOU skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

²⁶ Se prop. 2001/02:142 ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 78.

²⁷ Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, *Francovich*, p. 33 ff.

²⁸ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 79 f.,

²⁹ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 84 f. Se även SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling, s. 230 f., där det anförs att en "skadelidande leverantör skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada och att han, om han själv försummar det, får bära en motsvarande del av förlusten", samt NJA 2007 s. 349.

Rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG) innehåller utöver en liknande reglering som den i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) även en särskild regel om kostnader som leverantör haft för att lägga anbudet. I p. 10 ingressen till Rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG) föreskrivs att den som begärt skadestånd för kostnader avseende ett utarbetande av anbud, eller andra kostnader för att delta i ett upphandlingsförfarande, skall få sina kostnader täckta utan att behöva visa att han skulle ha fått kontraktet om överträdelse inte hade skett. Bestämmelsen i artikel 2.7 innebär att det — för det fall överträdelse skett och skadestånd begärs för kostnader i samband med anbudet — skall vara tillräckligt om leverantören kan visa denna haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.

Den särskilda regel avseende det negativa kontraktsintresset som anges ovan återfanns tidigare i 7 kap. 7 § LOU (1992:1528). Paragrafen stadgade att "[a]nbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. LOU är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen". För att få ersättning för kostnader i samband med anbudet behövde leverantören således endast visa att överträdelse skett och att han skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, en möjlighet som minskats i och med överträdelsen. Bestämmelsen har i praxis — trots att den uttryckligen enbart gällde upphandlingar inom försörjningssektorerna — i avsaknad av sakskalet som talar för annat anförts gälla även på upphandlingar inom den klassiska sektorn.³⁰

Bestämmelsen återfinns numer i 16 kap. 7 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Med hänsyn till den rättspraxis som utvecklats ifrågasatte Lagrådet om bestämmelsen överhuvudtaget behövdes. Lagrådet påpekade även att tillämpningen av bestämmelsen, med hänsyn till dess samband med 7 kap. 6 § LOU (1992:1528) var oklar och att dess räckvidd därför borde belysas. Regeringen instämde i Lagrådets uppfattning men sköt frågan om bestämmelsen behövs och om i så fall en motsvarande bestämmelse bör tas in i LOU på framtiden med hänsyn till de förestående ändringarna i Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG).³¹

En skadeståndstalan skall enligt 16 kap. 6 § LOU väckas vid allmän domstol inom ett år från de tidpunkter som följer av 16 kap. 1 § 2–4 st. LOU, dvs. inom ett år från det att möjligheten till överprövning

³⁰ Se NJA 2000 s. 712, se även Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 1995, s. 467 ff., Nils Wahl, Offentlig upphandling och skadestånd — reparation, prevention eller ingendera?, JT 1997–98, s. 619–625, särskilt s. 623 ff., samt Lagrådets yttrande i prop. 1992/93:88, s. 141.

³¹ Se prop. 2006/07:128, ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 565.

förfallit. Vad gäller skadeståndstalan vid otillåtna direktupphandlingar torde preskriptionsfristen, i ljuset av RÅ 2005 ref. 10, inte vara beroende av det civilrättsliga avtalet.³² Inte heller ett skriftligt kontrakt får anses vara tillräckligt, preskriptionsfristen bör i stället löpa från den dag då upphandlingsmeddelande lämnats och den därpå följande tiodagarsfristen passerat.³³

4.2 *Det positiva kontraktsintresset I — Arkitektjänst*

Av författningskommentaren till 7 kap. 6 § LOU (1992:1528) framgår att med ”uppkommen skada avses inte endast onödiga kostnader m.m. utan även det positiva kontraktsintresset”.³⁴ I den allmänna motiveringen anförde departementschefen att en regel om full ersättning stod i överrensstämmelse med direktivtexten och att regler om fullt skadestånd är en del av ett effektivt överprövningssystem.³⁵ Hellner kritiserade uppfattningen och menade att det inte föreföll rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som när ett giltigt ingånget avtal föreligger. Hellner förespråkade därför att skadeståndet i stället skulle vara ett ”med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp”.³⁶

Mot Hellners uppfattning anförde Wahl att det vore såväl olyckligt som sannolikt direkt i strid med EG-rättens krav om de svenska ersättningsbestämmelserna endast kom att begränsas till nedlagda kostnader. Enligt Wahl följer det av rättsmedelsdirektiven att det krävs en möjlighet till fullt skadestånd, något som Sverige i likhet med övriga medlemsstater är skyldiga att rätta sin lagstiftning efter. Att kravet på full ersättning möjligen inte är bekant för svenska skadeståndsrättsliga principer är inte något som borde beaktas.³⁷ Wahl hänvisade till de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*. I målen uttalade EG-domstolen att det vid överträdelse av gemenskapsrätten inte kan tillåtas att utebliven vinst helt utesluts som ersättningsgill skada. Domstolen ansåg att i praktiken skulle nämligen en sådan total uteslutning av utebliven vinst innebära, särskilt i fråga om tvister av ekonomisk eller kommersiell art, att det blir omöjligt att få ersättning för skadan.³⁸

I NJA 1998 s. 873 (*Arkitektjänst*) prövade HD frågan huruvida det positiva kontraktsintresset skulle utgå. I målet hade den upphandlande myndigheten inte angivit vilka kriterier som skulle ligga till grund

³² Jfr Svea hovrätts dom 2007-06-01, mål nr T 5651-05.

³³ Jfr Jan-Erik Falk & Kristian Pedersen, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, 2004, s. 184. Ett sådant beslut kommer aldrig att lämnas vid en otillåten direktupphandling varvid den generella preskriptionstiden om 10 år blir talans yttersta gräns. Falk & Pedersen menar att detsamma något otillfredsställande gäller vid en förhandlad upphandling utan föregående annonsering och det endast finns en leverantör.

³⁴ Se prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, s. 103.

³⁵ Se prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, s. 46.

³⁶ Se Jan Hellner, *Skadeståndsrätt*, 1995, s. 468.

³⁷ Se Nils Wahl, *JT* 1997–98, s. 624 f.

³⁸ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 87.

för utvärderingen av inkomna anbud. I stället hade den aktuella kommunen angivit att de förbehöll sig ”fri prövningsrätt”. HD konstaterade att det av de i underlaget lämnade uppgifterna inte gick att utvärdera vilka omständigheter, utöver anbudspriset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen. Den upphandlande myndigheten hade därmed inte heller möjlighet att anta annat än det lägsta priset.

Vad gällde storleken på skadeståndet menade HD att det med tanke på ”den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds”.³⁹ Domstolen refererade till motiven och konstaterade att en anbudsgivare som har rätt till skadestånd skall försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt. Beräkningen av ersättningen gjordes helt enkelt genom att den klagande leverantören erhöll skillnaden mellan de intäkter som uppdraget skulle ha gett och de kostnader som denne sparat in genom att inte behöva lägga ned arbete på uppdraget, dvs. de rörliga kostnaderna.⁴⁰

4.3 Tvättsvamparna — sannolikhet och skäligt belopp

I Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) nämns inte något om kausalsamband. Inte heller kravet på samband mellan överträdelsen och skadan som slogs fast i de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, har i princip utvecklats ytterligare av EG-domstolen. På EG-rättslig nivå krävs det i princip att leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att skada skall anses ha uppkommit.⁴¹ I motiven sades detta även gälla vid bedömning enligt svensk lag, det konstaterades också att den som yrkar ersättning bär bevisbördan för skadan. Någon mer utförlig utredning om vilka krav som skall ställas på den klagande leverantören vad gäller bevisning för liden skada till följd av fel i upphandlingsförfarandet gjordes dock inte.⁴² I *Arkitektjänst* tycks domstolen inte ha haft några större svårigheter avgöra huruvida klagandes anbud de facto varit det lägsta. Följaktligen diskuterades inte heller här beviskravet närmare. HD konstaterade endast att den upphandlande myndigheten inte hade haft möjlighet att anta annat än lägsta pris.

³⁹ Se NJA 1998 s. 873, särskilt s. 887.

⁴⁰ Hellner konstaterade i en analys av målet att HD i domen ger uttryck för att full ersättning alltid skall utgå när en anbudsgivare, som vid ett korrekt förfarande skulle ha erhållit kontraktet, har rätt till skadestånd. Enligt Hellner tog HD därmed bestämt avstånd från den mera nyanserade bedömning som han själv gjort sig till talesman för. Se Jan Hellner, *Upphandling och skadestånd*, JT 1998–99, s. 950–654, särskilt s. 954.

⁴¹ Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 65 samt Henrik Leffler, *Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling*, ERT 2003, s. 483–507, särskilt s. 491 f.

⁴² Se prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, s. 103.

I NJA 2000 s. 712 (*Tvättsvamparna*) prövade HD frågan om hur skadeståndsberäkningen skulle ske vid en utan föregående konkurrensutsättning eller annonsering otillåten direktupphandling av städtjänster.⁴³ HD konstaterade att det av rättsmedelsdirektiven framgick att rätten till ersättning för en leverantör som förlorat ett kontrakt till följd av en överträdelse inte är begränsad till kostnader som denne haft för upphandlingen. Enligt de svenska motiven och utgången i *Arkitekttjänst* menade HD att det fanns möjlighet att enligt svensk lag döma ut ersättning med ett belopp upp till vad som motsvarar utebliven vinst. Beviskravet för att leverantören förlorat kontraktet måste dock enligt HD vara högre i de fall där ersättningsyrkandet avser annat än endast kostnader för att lämna anbudet. ”Med hänsyn till det utrymme för olika värderingar av ingivna anbud som LOU lämnar, skulle emellertid ett krav på att leverantören alltid skall styrka att just han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad på ett sätt som i vart fall inte står i god samklang med det preventiva syfte som direktivens bestämmelser om rätt till skadestånd har”.⁴⁴

Enligt domstolen kunde dock inte kravet på bevisning ses helt oberoende från frågan om beräkningen av skadeståndet. Ett sänkt beviskrav riskerade nämligen att sätta en upphandlande myndighet i en situation där den riskerade att få betala ersättning till flera leverantörer trots att endast en av leverantörerna skulle kunna ha fått kontraktet. Att rakt av tillämpa de principer som tillämpas för kontraktsförhållanden skulle därmed kunna leda till orimligt betungande ersättningskyldigheter. Med hänsyn till de ”i väsentliga hänseenden skilda ändamål” som skadeståndsskyldigheten har enligt LOU menade domstolen att man inte redan av det utrymme som lämnas för full ersättning av utebliven vinst i 7 kap. 6 § LOU (1992:1528) kunde dra slutsatsen att ersättning alltid skall bestämmas med stöd av de principer som tillämpas vad gäller skadestånd inom kontraktsförhållanden. Goda skäl kunde därför enligt domstolen anföras för att ersättningen som regel bör utgå med ett skäligt belopp baserat på t.ex. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.⁴⁵

Det faktum att full ersättning dömdes ut under ”de särskilda förhållanden” som förelåg i *Arkitekttjänst* var enligt HD inte något hinder för att en sådan allmän princip som den ovannämnda kunde läggas till grund för skadeståndet. En sådan princip lämnade enligt HD utrymme för att beakta också om andra än den som väckt talan kunde bedömas haft goda möjligheter till att erhålla kontraktet. Därmed kunde också övervägande skäl anses tala för att det ”bör vara tillräckligt

⁴³ Se Kai Krüger, Erstatningsansvar for saksbehandlingsfeil ved tildeling av offentlige kontrakter — særlig om erstatning for kontraktstap, JT 2001–02, s. 293–334.

⁴⁴ NJA 2000 s. 712, särskilt s. 724 f., med hänvisning till prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, s. 103.

⁴⁵ Se NJA 2000 s. 712, särskilt s. 725, med hänvisning till Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 1995, s 468.

att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft”.⁴⁶

HD gjorde sedan bedömningen att den klagande parten inte förmått göra det sannolikt att bolaget förlorat kontraktet till följd av att anbudsförfarande inte föregått upphandlingen. Domstolen konstaterade att det hypotetiska anbud som lämnats av den klagande leverantören hade upprättats efter att bolaget redan tagit del av det vinnande anbudet och därmed inte fick ses som mer än en ”förhållandevis grov uppskattning” av nivån på ett eventuellt anbud från bolaget. Med hänsyn till att leverantören vid tidigare upphandlingar legat väsentligt högre än ett flertal av de anbud som då lämnats ansåg HD att utredningen i målet inte gav stöd för att det var sannolikt att Tvättsvamparna skulle ha lämnat det lägsta eller ett av de lägsta anbudsprisen för det fall att upphandlingen skulle ha föregåtts av ett korrekt anbudsförfarande. HD underkände dessutom leverantörens invändning om att kommunen varit skyldig att anta det anbud som hade det lägsta priset. Kommunen hade i senare utförda upphandlingar använt sig av kriterier för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. HD godtog att så skulle ha skett även i detta fall om inköpet upphandlats.⁴⁷

Utgången i *Tvättsvamparna* skapade flera frågetecken kring skadeståndsberäkningen, bl.a. huruvida domarna i *Arkitektjänst* respektive *Tvättsvamparna* skulle läsas var för sig eller tolkas tillsammans. Även domstolens uppfattning om att hänsyn skall tas till bl.a. ”överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp” ger upphov till diskussion.⁴⁸ Överträdelsens karaktär kan tänkas innebära att hänsyn i princip skall tas till hur allvarlig överträdelsen kan anses vara, faktorer som graden av uppsåt och i vilken utsträckning överträdelsen skett skulle här kunna tänkas få betydelse.⁴⁹ Beträffande utsikter till vinst menar Leffler att hänsyn skall tas till hur stor möjlighet den klagande leverantören har att erhålla kontraktet.⁵⁰ Den exakta utformningen av skadeståndsberäkningen har dock förblivit sparsamt kommenterad sedan domen 2000 och dess exakta innebörd får sägas vara fortsatt oklar.

4.4 *Det positiva kontraktsintresset II — Ishavet*

I NJA 2007 s. 349 (*Ishavet*) prövade HD ånyo skadeståndsberäkningen enligt 7 kap. 6 § LOU (1992:1528). I målet hade Göteborgs stad gett ut ett förfrågningsunderlag för upphandling av ett övningsfartyg att

⁴⁶ NJA 2000 s. 712, särskilt s. 725.

⁴⁷ Se NJA 2000 s. 712, särskilt s. 725.

⁴⁸ Se NOU:s yttrande i Högsta domstolens mål nr T-2883-04, dnr 2004/0261-22, s. 8.

⁴⁹ Se Henrik Leffler, ERT 2003, s. 496, samt SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling, s. 322.

⁵⁰ Se Henrik Leffler, ERT 2003, s. 497.

inhyras för användning vid undervisning vid en gymnasieskola. Staden avvek emellertid från förfrågningsunderlaget vid utvärderingen av anbuden och bröt därmed mot upphandlingsreglerna.

HD — vars prövning begränsades till skadestandsberäkningen — menade för det första att det beviskrav som ställdes upp av domstolen i *Tvättsvamparna* inte innebär någon egentlig risk att en upphandlande myndighet blir skyldig att ersätta flera anbudsgivare för utebliven vinst. Enligt HD kan endast en anbudsgivare vara berättigad till ersättning för utebliven vinst om kravet på bevisning är att leverantören skall göra det sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av ett felaktigt upphandlingsförfarande. Därmed har den upphandlande myndigheten enligt HD möjlighet att bestrida krav på ersättning på grunden att det är sannolikt att en annan anbudsgivare, oavsett om denne andre anbudsgivare är part i rättegången, i stället skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna hade följts.

HD konstaterade vidare att varken lagens utformning eller EG-domstolens praxis tillåter att överträdelsens karaktär ges betydelse vid utdömandet av skadestånd. HD lyfter fram EG-domstolens uppfattning i de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, om att skadeståndet är helt oberoende av om de organ som begått en klar överträdelse handlat uppsåtligt eller vårdslöst. HD fastställde att 7 kap. 6 § LOU (1992:1528) inte tillåter utdömande av allmänt skadestånd men att det är angeläget att bestämmelsen fyller sitt preventiva syfte. Domstolen fann därför att ersättning enligt det positiva kontraktsintresset bör utgå när en anbudsgivare gått miste om kontraktet på grund av ett fel i förfarandet. Förutom att en ersättning med hela det positiva kontraktsintresset ligger i linje med de svenska motiven och *Arkitektjänst* ansåg HD att det även fick anses stämma överens med praxis i övriga länder inom EU.⁵¹

Enligt HD förutsätter inte ersättning med det positiva kontraktsintresset att leverantören skulle ha gjort en nettovinst på kontraktet. I stället skall ersättningen beräknas utifrån det belopp som leverantören skulle ha erhållit om denne tilldelats kontraktet, med avdrag för de kostnader som orsakats av uppdraget och de intäkter — med avdrag för kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit — som leverantören skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av den klagande leverantören inte fick uppdraget.⁵² Fasta kostnader för lön till personal som inte tagits upp som kostnad för uppdraget skall inte dras av.

HD tycks vara av uppfattningen att det i samtliga fall där överträdelse av upphandlingsreglerna kan konstateras, och klagande leverantör kan göra det sannolikt att han eller hon gått miste om kontraktet

⁵¹ HD hänvisar här till en kartläggning gjord av NOU, 53/99-28, s. 17.

⁵² Jfr en leverantörs skyldighet att begränsa sin skada och den "jämkning" som sådan försumlighet kan innebära i de förenade målen C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, p. 84 f.

på grund av felet, skall utgå ersättning med det positiva kontraktsintresset. Någon hänsyn till överträdelsens karaktär eller utsikten till vinst skall inte tas för det fall att den klagande leverantören uppfyller beviskravet på sannolikhet.⁵³ I motsats till vad domstolen anförde i *Tvättsvamparna* skall ersättningen därför inte vara beroende av bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst. Det har emellertid framhållits att HD:s bedömning av rättsläget är ytterst sträng.⁵⁴

Därmed skulle man möjligen kunna tro att de slutsatser som följer av *Tvättsvamparna* har mist sin betydelse. HD konstaterar emellertid att vid otillåtna direktupphandlingar ”låter det sig inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet, om anbud hade infordrats och kriterierna hade preciserats i beställarens uppfordran”.⁵⁵ I sådana situationer anser domstolen att det — i syfte att inte urholka den skyldighet som upphandlande myndighet har att infordra anbud — bör vara möjligt för leverantör som sannolikt skulle ha lämnat ett anbud att erhålla ersättning som kan behöva uppgå till mer än endast nerlagda kostnader. Den princip om en skönsässig bedömning som utvecklades i *Tvättsvamparna* är därför påkallad i de avsedda fallen. Enligt HD kan det ”dock inte krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han haft”.⁵⁶

Genom sitt uttalande förefaller HD företa något som kan liknas vid en utveckling av artikel 2.7 i Rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG).⁵⁷ Kan klagande leverantör vid en otillåten direktupphandling visa att denne haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet skall denne också kunna få ersättning med ett belopp som inte automatiskt begränsas till nerlagda kostnader. Beräkningen av det skäliga belopp som i stället skall utgå skall ske skönsässigt och hänsyn skall tas till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst. Allt i enlighet med vad domstolen anförde i *Tvättsvamparna*.

Genom att skilja på den skada som uppstår vid en felaktigt genomförd upphandling och den skada som kan uppstå vid en otillåten direktupphandling kopplar HD i *Ishavet* ihop de till synes oförenliga slutsatser som följde av *Arkitektjänst* och *Tvättsvamparna*. Det är dock

⁵³ En leverantör skall dock i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada — exempelvis försöka få andra uppdrag — med risk för att ersättningen annars kan komma att sättas ned.

⁵⁴ Se Rolf Höök, Skadestånd vid offentlig upphandling, JT 2007–08, s. 452–458.

⁵⁵ NJA 2007 s. 349, särskilt s. 367.

⁵⁶ NJA 2007 s. 349, särskilt s. 367.

⁵⁷ Här kan man möjligen fråga sig om inte domstolen går utöver det utrymme för nationell tolkning av EG-rätten som följer av de förutsättningar som följer av mål 283/81, *CILFIT*, dvs. en sådan tolkning får endast göras om en EG-rättslig bestämmelse är klar och otvetydig eller när EG-domstolen redan tolkat innebörden av bestämmelsen.

värt att notera att HD:s uttalanden vare sig berörs eller bemöts i förarbetena till de nya upphandlingsreglerna.⁵⁸

5 Överprövningens betydelse för skadeståndet

Det framgår ovan att möjligheten till ersättning skall fungera som ett incitament för den enskilde leverantören att söka rättelse av en felaktig upphandling. För att syftet skall uppfyllas måste det självklart också finnas en faktisk möjlighet till ersättning. Å andra sidan får inte skadeståndet konkurrera ut domstolens möjlighet att pröva huruvida upphandlingen skall göras om eller rättas. Fokus på snabba och effektiva rättsmedel innebär att korrigerande av överträdelser så snart som möjligt är första prioritet. Förhållandet mellan skadestånd och överprövning har i svensk rätt, till viss del, besvarats med tiodagarsfristen och den tidsbegränsning av möjligheten till överprövning som denna innebär. En klagande leverantör har som nämndes ovan en skyldighet att begränsa sin skada, men något uttryckligt krav på att möjligheten till överprövning upphört eller att överprövning måste ha skett innan talan om skadestånd väcks finns inte.

Frågan är därför om och i så fall hur en skadeståndstalan påverkas av att en missnöjd leverantör underlåtit att söka överprövning.⁵⁹ Skilda domstolar och kopplingen mellan överprövning och skadestånd väcker också frågor kring hur en skadeståndstalan påverkas av att förutsättningarna för bifall till en överprövningstalan föreligger i teorin samtidigt som någon förnyad upphandling inte sker i praktiken.

5.1 Problem kring avtalets återgång och kommunalt domstolstrots

I en perfekt värld uppstår inga problem efter beslut av allmän förvaltningsdomstol om att en felaktig upphandling skall göras om eller rättas. Den upphandlande myndigheten finner sig i domstolens beslut och använder ett korrekt förfarande när den nya upphandlingen görs om. Den klagande leverantören kan sedan, även om han inte erhåller kontraktet vid en ny upphandling, knappast sägas ha lidit någon skada och allt är frid och fröjd. Det finns dock exempel på situationer där upphandlingen inte kan göras om, exempelvis om avtal slutits och tjänsten redan utförts, dvs. någon återgång av prestationen är inte längre möjlig. Det finns också exempel på upphandlande myndigheter som vägrat följa domstols beslut. Båda dessa situationer kan tänkas påverka en klagande leverantörs möjlighet att erhålla skadestånd. Särskilt stor är risken att avtal slutits — och prestationer utbytts helt eller

⁵⁸ Se prop. 2006/07:128, ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, särskilt s. 444 ff. och s. 565.

⁵⁹ För utförlig redogörelse av denna fråga, se Henrik Leffler, Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna, ERT 2005, s. 78–85.

delvis — vid otillåtna direktupphandlingar och vid en obegränsad överprövningsfrist.⁶⁰

För en klagande leverantör blir betydelsen av en obegränsad möjlighet till överprövning i praktiken meningslös om ett ingånget avtal hunnit verkställas. Om det finns en faktisk möjlighet att göra om upphandlingen eller inte är emellertid inte något som förvaltningsdomstol skall ta hänsyn till vid en överprövning, 16 kap. 2 § LOU.⁶¹ Enligt praxis torde emellertid förvaltningsdomstol, som prövar ett upphandlingsförfarande där prestationsåtergång inte är möjlig, avskrivna talan efter att de konstaterat förfarandets lagstridighet. Ändamålet med talan får då anses ha förfallit.⁶² Då prestationer utgått och återgång inte är praktiskt möjlig är således skadeståndstalan vad som återstår för missnöjd leverantör.

Förutom de fall där tjänsten till fullo utförts eller varan förbrukats är det svårt att ge ett generellt svar på var gränsen för vad som är praktiskt möjligt går. Att en upphandlande myndighet erlagt betalning för varan eller tjänsten torde dock inte anses medföra att återgång inte längre är möjlig.⁶³ Saknas villkor för den upphandlande myndigheten att säga upp avtalet eller avbeställa en tjänst eller en vara torde dennes förklaring att de inte tänker fullfölja avtalet ses som ett fullbordat eller befarat kontraktsbrott.⁶⁴ Beroende på vad som avtalats kan det finnas möjlighet för leverantören att tvinga den upphandlande myndigheten att fullfölja avtalet. Mer förmånligt för leverantören torde dock vara att häva avtalet och kräva skadestånd med det positiva kontraktsintresset.⁶⁵ Har varan inte förbrukats eller tjänsten inte utförts finns således oftast inget egentligt hinder, bortsett från upphandlande myndighets rädsla för det obligationsrättsliga skadeståndet, mot att en upphandling görs om. Även vid varaktiga prestationer för viss tid torde avtalet kunna avbrytas och upphandlingen göras om, även om detta blir ytterst ofördelaktigt för den upphandlande myndigheten. I sådana fall är det också möjligt att den leverantör som sannolikt skulle ha erhållit kontraktet från början har rätt att erhålla skadestånd för den del av den otillåtna upphandlingen som redan utförts. Även här krävs det dock en bedömning i det enskilda fallet hu-

⁶⁰ Se även Kai Krüger, *Paradise lost; Is the law adequate in combating corruption in public procurement? A Norwegian approach*, i: *Rett og toleranse; Festskrift til Helge Johan Thue*, 2007, s. 628–668, bl.a. s. 635 och s. 643.

⁶¹ Jfr detta med dansk rätt där prövningsinstansen (enligt 6 § 1 st. Klagenævnsloven), innan de beslutar att upphandlingen skall göras om eller rättas, gör en samlad bedömning utifrån hur allvarlig överträdelsen är, leverantörens passivitet och slutligen en avvägning mellan gemenskaprättsliga intressen och klagandes skyddsintresse. Se Simon Evers Hjelmberg m.fl., 2005, s. 364–369.

⁶² Se t.ex. Kammarrättens i Göteborg beslut 2007-10-02, mål nr 3475-07, Kammarrättens i Stockholm beslut 2007-07-12, mål nr 234-07, samt Kammarrättens i Göteborg beslut 2007-04-10, mål nr 7213-06.

⁶³ Jfr RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*).

⁶⁴ Jfr Jan Hellner, Richard Hager & Annina H. Persson, *Speciell Avtalsrätt II. Kontraktsträtt*. Andra häftet, 2006, s. 74.

⁶⁵ Se Jan Hellner, Richard Hager & Annina H. Persson, 2006, s. 74 och s. 246 f.

ruvida domstolen kan besluta att upphandlingen skall göras om eller avskrivas.

Veterligen har det inte prövats något mål om skadeståndsansättning efter att upphandlingen först varit föremål för överprövning och den allmänna förvaltningsdomstolen avskrivit målet trots att de haft en teoretisk möjlighet att besluta att upphandlingen skall göras om eller rättas. Något hinder mot en skadeståndstalan efter att förvaltningsdomstol, p.g.a. att återgång är praktiskt omöjlig, avskrivit en talan om överprövning torde dock inte föreligga.

En dom som förpliktar upphandlande myndighet att göra om upphandling trots att det inte är praktiskt möjligt är förstås meningslös och kan rimligen inte följas av den upphandlande myndigheten. Även i sådana fall där upphandling enligt domstolen faktiskt kan göras om kan dock upphandlande myndighet anse att det inte är möjligt. Problemen kring avtalets återgång är således nära kopplat till kommunalt domstolstrots.

I motiven till den lagändring som införde tiodagarsfristen konstaterades att "[o]m allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet."⁶⁶ I den svenska lagstiftningen saknas dock sanktioner mot upphandlande myndighet som inte följer domstols beslut och som antyds av propositionen har det i princip förutsatts att de rättar sig efter beslutet. Det är dock inte självklart att så sker och exempel på domstolstrots återfinns i flera JO-ärenden.⁶⁷

JO har anfört att det i svensk lagstiftning inte finns några särskilda bestämmelser om vilka konsekvenser en domstols avgörande vid överprövningstalan har för en upphandlande myndighet. JO konstaterar att inte heller frågan om vilka effekter en företagen överprövning enligt LOU kan ha i avtalsrättsligt hänseende regleras i lagstiftningen. JO poängterar det till synes uppenbara i att slutsatsen att uppfattningen att ett civilrättsligt bindande avtal medför att den upphandlande myndigheten inte behöver följa domstolens avgörande är ett accepterande av att upphandlande myndighet tillåts förfoga över skyldigheten att följa domstolsavgörandet — vilket enligt JO framstår som helt orimligt. JO har därför understrukit behovet av ytterligare sanktionsmöjligheter på området.⁶⁸ Om skadeståndssanktionen i realiteten inte har en avkräckande effekt kanske man bör överväga andra typer av sanktioner.

⁶⁶ Se prop. 2001/02:142 ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., s.78.

⁶⁷ Se bl.a. JO:s beslut 2007-06-29, dnr 3006-2005, samt JO:s beslut 2007-11-19, dnr 1282-2007. Ett sådant domstolstrots är dock inte bara ett svenskt fenomen. EG-domstolen slog t.ex. i mål C-503/04, *Bockhorn och Braunschweig II*, fast att Tyskland gjort sig skyldigt till fördragsbrott då tillräckliga åtgärder inte vidtagits för att avbryta kontrakt som domstolen i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Bockhorn och Braunschweig I*, ansåg vara ingångna efter otillåten direktupphandling.

⁶⁸ Se JO:s beslut 2007-06-29, dnr 3006-2005, samt JO:s beslut 2007-11-19, dnr 1282-2007. Se även Wiweka Warnling-Nerep, JT 2006-07, s. 396 f.

Som jämförelse kan nämnas att man i Norge sedan den 1 januari 2007 infört straffavgifter — overtredelsesgebyr — vid otillåtna direktupphandlingar. I § 7b loven om offentlige anskaffelser (införd genom lov 30 juni 2006 nr. 41) stadgas att ”En oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven. Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.”⁶⁹

6 Vilka effekter får ändringarna av Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) på möjligheterna att erhålla skadestånd?

De kommande förändringarna av rättsmedelsdirektiven syftar i huvudsak till förbättringar av möjligheterna till prövning före ett avtals ingående. Ändringarna innebär för svenskt vidkommande att det är reglerna för överprövning, föreskrifter som syftar till att inom rimlig tid rätta till överträdelser av upphandlingsreglerna, som berörs.

Kommissionen har funnit att det i de flesta medlemsstaterna saknas nationella bestämmelser som gör det möjligt att i rimlig tid hindra att en upphandling slutförs trots att tilldelningen av kontraktet är ifrågasatt. Till följd av att det saknas gemensamma tidsfrister och bestämmelser som gör det möjligt att under en rimlig tid vänta med att ingå avtal gällande ifrågasatta tilldelningar varierar även effektiviteten av reglerna om prövning innan avtalets ingående mellan medlemsstaterna. Situationen uppges vara särskilt allvarlig vad gäller möjligheterna att förhindra otillbörlig tilldelning av direktupphandlingar. I och med ändringarna införs samordnade regler som skall förtydliga och öka effektiviteten i de gällande bestämmelserna om prövning före avtalets ingående vid formella upphandlingsförfaranden samt vid direktupphandling. Då möjlighet till överprövning i dessa fall i praktiken saknas anses inte en skadeståndstalan utgöra en tillräckligt effektiv sanktion. Med hänsyn till de svårigheter som ligger inbyggda i en skadeståndstalan, såsom bevisbörda och processens längd och kostnad, torde inte heller skadeståndstalan vara särdeles attraktivt för en missnöjd leverantör.⁷⁰

⁶⁹ Se även Kai Krüger, 2007, s. 644.

⁷⁰ Se KOM (2006) 195 slutlig, s. 2–5.

6.1 *Införande av tidsfrister*

Kommissionen konstaterar i ändringsförslaget att EG-domstolen visserligen har slagit fast att ett krav på en rimlig tidsfrist under vilken avtal inte får träffas skall föreskrivas. I medlemsstaterna finns dock fortfarande olikheter beträffande detta kravs räckvidd och exakta innehåll. Avsaknaden av en tidsfrist som gör det möjligt att tillämpa effektiva förfaranden för prövning mellan tilldelningsbeslut och ingående av avtalet medför att beställaren skyndar sig att underteckna avtalet i syfte att göra det omtvistade avtalets verkningar oåterkalleliga.⁷¹ I artikel 2a.2 införs därför en uttrycklig bestämmelse om att beställaren skall vänta med att ingå avtal i minst tio kalenderdagar efter den dag då beslutet om tilldelningen meddelades till de ekonomiska aktörerna som medverkade i förfarandet. I ingressen nämner Kommissionen att skyldigheten att iaktta en tidsfrist under vilken avtal inte får ingås bör begränsas till sådana omständigheter under vilka andra än den som tilldelats upphandlingen rimligen kan göra gällande en överträdelse när det gäller insyn och konkurrensutsättning.⁷² I artikel 2a.3–4 och artikel 2b anges därför ett antal undantag från tiodagarsfristen. Tidsfristen är t.ex. inte avsedd att tillämpas på fall av synnerlig brådska i den mening som det ges i artikel 31.1c i Direktiv 2004/18/EG.⁷³

6.2 *Särskilda skyldigheter vid förhandlad upphandling utan föregående annonsering*

I en ny artikel 2e har det införts särskilda regler som en upphandlande myndighet skall iaktta när den anser sig ha rätt⁷⁴ att inte tillämpa ett formellt förfarande bestående av offentliggörande och konkurrensutsättning före tilldelning av ett upphandlingskontrakt vars belopp ligger över det tillämpliga tröskelvärdet, dvs. när den anser sig ha rätt att använda sig av förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Myndigheten skall enligt artikel 2e.2a fatta ett formellt tilldelningsbeslut utan avtalsverkan i syfte att detta kan bli föremål för prövning enligt artiklarna 1 och 2 i direktivet. Myndigheten skall därefter enligt artikel 2e.2b offentliggöra ett meddelande som leder till tillräcklig grad av offentlighet och minst innehåller de upplysningar som anges i bilagan till Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG).⁷⁵

Enligt den svenska lagstiftningen undantas inte förhandlad upphandling utan föregående annonsering från meddelandeskyldigheten i 9 kap. 9 § LOU. Visserligen är utgångspunkten att även sådan upphandling skall ske i konkurrens. I praktiken framgår det dock av de si-

⁷¹ Se KOM (2006) 195 slutlig, s. 5 samt ingressen p. 3.

⁷² Se KOM (2006) 195 slutlig, ingressen p. 5–6.

⁷³ Se Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 584 f., för kommentarer till undantagen.

⁷⁴ Angående felaktigheter i den svenska språkversionen, se Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 589, not. 38.

⁷⁵ För en diskussion kring vad som avses med "tillräcklig grad av offentlighet" se Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 589.

tuationer där sådant förfarande är tillåtet att endast en leverantör är inblandad i anbudsproceduren. Ett sådant meddelande fyller således inte någon egentlig funktion. En upphandlande myndighet skall idag, vid all upphandling som omfattas av procedurdirektiven, skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.⁷⁶ Innebörden av ändringsförslaget blir dock att en upphandlande myndighet, som använder sig av förfarandet, genom ett förenklat meddelande måste efterannonsera att tilldelningsbeslut fattats innan kontrakt sluts. Av artikel 2e.3 framgår att kontrakt endast får slutas efter utgången av en minsta tidsfrist om tio kalenderdagar räknat från den dag då meddelande har blivit föremål för erforderlig offentlighet. Som synes är tidsfristen densamma som när meddelande vid annan upphandlingsform skall lämnas direkt till anbudsgivare. I artikel 2e.4 nämns vissa undantag från tillämpningen av artiklarna 2e.2 och 2e.3. Skyldigheten att göra en sådan förenklad efterannonsering gäller bl.a. inte för de fall det är fråga om synnerlig brådska i den mening som avses i artikel 31.1c.

Att för svensk del införa en liknande form av annonsering vid direktupphandlingar enligt 15 kap. 3 § LOU torde knappast vara aktuellt utan att det införs någon form av "mellannivå" med upphandlingar som inte omfattas av de gemenskapsrättsliga direktiven och vars värde är lågt men inte är "försumbart". En sådan lösning skulle emellertid knappast vara funktionell och syftet med direktupphandling skulle dessutom gå förlorat om en upphandlande myndighet tvingades efterannonsera varje beslut om kontraktstilldelning. Däremot torde det inte finnas något hinder mot att sådant meddelande krävs vid kontraktstilldelning efter sådant upphandlingsförfarande som regleras i 15 kap. 5 § LOU.

Förslaget är intressant och kan, i kombination med de ogiltighetsåtgärder som redovisas nedan, tänkas få inverkan på en upphandlande myndighets vilja att följa procedurreglerna. För svensk del innebär det dock inte så mycket ifråga om de upphandlingar som inte omfattas av Direktiv (2004/18/EG) och sker genom otillåten direktupphandling trots att kraven för sådan inte är uppfyllda. Om lagstiftaren inte inför särskilda bestämmelser för dessa får man i dessa fall i stället falla tillbaka på huvudregeln om tiodagarsfrist från det att meddelande lämnats till anbudsgivare eller anbudssökande och någon ökad möjlighet till insyn ges därmed egentligen inte i de fallen. Med reservation för den eventuella preskriptionstid som diskuteras nedan har *Ryanair* fortsatt aktualitet i den meningen att — i de fall en upphandlande myndighet valt att agera utanför upphandlingsförfarandet — överprövning kan ske trots att avtal föreligger.

För att inte ett sent inlämnande av en överprövningsbegäran skall riskera att beröva det ansvariga prövningsorganet den tid som är nödvändig för att agera innan tidsfristen löper ut, bör enligt Kommissio-

⁷⁶ Se 7 kap. 3 § LOU.

nen en oberoende tidsfrist införs som medför att tidsfristen för att ingå avtalet automatiskt förlängs.⁷⁷ Regleringen införs i artikel 2.3 och innebär en modifikation av det tidigare stadgandet om att prövningsförfarandet i sig inte automatiskt behöver innebära att upphandlingen skjuts upp. Meddelande av ett interimistiskt beslut vid prövningsförfarande i de fall som avses i artikel 1.4 och artiklarna 2a–2f, exempelvis vid prövning av otillåtna förhandlade upphandlingar utan föregående annonsering, tycks därmed skall ske ovillkorligen.⁷⁸ Enligt en ny artikel 2.3a skall det prövande organet, efter att en överprövningsansökan inkommit, utan dröjsmål underrätta den upphandlande myndigheten om att avtal inte får ingås under en tidsperiod som bestäms av medlemsstaten. Denna tidsfrist får dock inte understiga fem dagar från dagen för underrättelse. Enligt Pedersen gäller dock sannolikt endast denna femdagarsfrist om domstolen inte hinner besluta något annat, exempelvis att ansökan skall avslås eller att det efter en intresseavvägning finns anledning att fatta ett vanligt interimistiskt beslut. Även innan fristen passerat torde det således, efter att domstol fattat ett ovan nämnt beslut i överprövningsfrågan, inte finnas något som hindrar att förbudet mot att sluta avtal kan upphävas.⁷⁹

6.3 Ogiltiga avtal

Enligt Kommissionen bör effektiva, proportionella och avskräckande påföljder föreskrivas för de upphandlande myndigheter som inte iakttar tidsfristen. Mot bakgrunden att medlemsstat i rättsmedelsdirektiven skall se till så att otillbörliga beslut av de upphandlande myndigheterna skall kunna ogiltigförklaras anser kommissionen att det bör föreskrivas att även de avtal som ingås i strid med de i förslaget till ändring angivna tidsfristerna skall sakna verkan, artikel 2f.2. De exakta följderna av att avtalet anses sakna verkan, t.ex. vad gäller krav på återbetalning av de belopp som den upphandlande myndigheten eventuellt betalat ut, lämnar dock Kommissionen till de nationella domstolarna att besluta.⁸⁰

Av artikel 2f.3 framgår att medlemsstaterna får föreskriva att ett olagligen ingånget avtal ändå har viss verkan mellan de berörda parterna eller gentemot tredje man, efter det att en preskriptionstid på minst sex månader förflutit från det att avtalet slöts. I artikelns andra stycke föreskrivs också att undantag från regeln om ogiltighet får göras om domstolen finner att ett iakttagande av vissa oavvisliga eller tvingande krav som följer av ett icke-ekonomiskt samhällsintresse i det enskilda fallet kräver att vissa verkningar av avtalet inte skall ifrågasättas. Det senare undantaget är en följd av proportionalitetsprincipen.

⁷⁷ Se KOM (2006) 195 slutlig, ingressen p. 10.

⁷⁸ Jfr Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 583.

⁷⁹ Se Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 584

⁸⁰ Se KOM (2006) 195 slutlig, ingressen p. 13. Enligt Pedersen så innebär detta att parternas prestationer i princip skall återgå, se Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 590 f.

Det förra är enligt Kommissionen ett krav ur rättsäkerhetssynpunkt, på längre sikt anser kommissionen att rättsäkerheten kräver att det införs en minsta preskriptionstid för ”prövning av beslutet i syfte att fastställa att avtalet saknar verkan och därtill hörande följder”.⁸¹

Även om avtalet kan undantas från ogiltighet skall dock medlemsstaterna enligt artikel 2f.4 fastställa ett system med påföljder som skall tillämpas i de fall då avtal slutits i strid mot tidsfristbestämmelserna men blivit undantagna från ogiltighet enligt artikel 2f.3. Påföljderna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande. Exakt hur detta sanktionssystem skall utformas återstår att se, det torde dock stå klart att endast möjlighet till skadestånd inte är tillräckligt.

6.4 Inverkar ändringarna på den enskilde leverantörens rätt till skadestånd?

Som framgått ovan är det tydligt att skadeståndssanktionen är av sekundärt intresse för Kommissionen. Primärt skall förbättrade provningsmöjligheter bidra till insyn och en konkurrensutsättning där konkurrenskraftiga företag skall kunna delta i budgivningen.⁸² Frågan är dock vilka effekter ändringarna kan tänkas få för möjligheterna att erhålla skadestånd.

Allmänt brukar man i svensk rätt om avtals ogiltighet säga att som ogiltig räknas vanligen en rättshandling som på grund av ett ursprungligt fel innebär att den inte kan göras gällande enligt sitt innehåll.⁸³ I de fall då prestation ännu inte utgått kan avveckling ske någorlunda enkelt. Har dock någon form av prestationsutväxling skett uppkommer, i likhet med när avtal upphör eller skall gå åter på grund av kontraktsbrott, i praktiken flera komplicerade frågor.⁸⁴ Har prestation skett i enlighet med ett ogiltigt avtal saknar den presterande i vissa fall laglig rätt att kräva tillbaka prestationen medan domstol i andra fall kan tillåta att uppgörelse sker.⁸⁵

Vad gäller ogiltiga upphandlingsavtal torde det utifrån formuleringen i ingressen till ändringsförslaget vara ett gemenskapsrättsligt

⁸¹ Se KOM (2006) 195 slutlig, ingressen p. 14.

⁸² Se KOM (2006) 195 slutlig, s. 5.

⁸³ Fenomenet nullitet är emellertid relativt ovanligt i svensk rätt såväl på civilrättens som den offentliga rättens område. Se bl.a. Peter Westberg, *Privaträttsliga kontrakt och RF*, FT 1992, s. 309–28, Axel Adlercreutz, *Om nullitet och kompetensogiltighet*, i: *Festskrift till Anders Agell*, 1994, s. 1–18, Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 229–232, samt Olle Lundin, *Om nullitet i förvaltningsrätten — en ovanlig historia*, FT 2000, s. 145–66.

⁸⁴ Se Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 232.

⁸⁵ Se exempelvis NJA 1997 s. 93, där HD angående frågan om ett avtal som innebär en överträdelse av en lagregel var ogiltigt och hur en eventuell ogiltighetspåföljd i sådana fall skulle utformas uttalade att bedömningen ”får avgöras i varje uppkommande typfall, efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter”. Att ett avtal är ogiltigt anses således inte medföra att det saknar varje rättsverkan, utan att en intresseavvägning måste göras. Se närmare Jan Kleineman, *Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande*, JT 1997–98, s. 808–13, samt Jan Kleineman, *De offentlighetsrättsliga rättssubjektens avtalskompetens — offentlighetsrättslig reglering med privaträttslig metod*, JT 1994–95, s. 936–71, särskilt s. 958.

krav att prestationen återgår så länge det inte är en praktisk omöjlighet, även om ogiltighet i vissa fall förvisso kan förenas med skadestånd.⁸⁶ Med hänsyn till att kravet på ogiltighet kommer från gemenskaprättsligt håll kan dock knappast något skadestånd, i enlighet med LOU, utgå till den leverantör som råkat ingå ett ogiltigt avtal med en upphandlande myndighet.

Förslaget kan även om det inte uttryckligen reglerar frågan komma att få praktiska konsekvenser för tillämpningen av skadestånd. Åtgärder för att öka insynen vid otillåtna förhandlade upphandlingar utan föregående annonsering kan t.ex. leda till fler överprövningar i ett tidigt skede efter kontraktstilldelningen. I kombination med att de måste kalkylera med risken att ett ingånget avtal anses vara ogiltigt kan följden bli att upphandlande myndigheter i större utsträckning följer lagstiftningen.

Mot en sådan förhoppning talar emellertid att den upphandlande myndigheten inte riskerar bli skadeståndskyldig gentemot den leverantör som inledningsvis erhållit kontraktet. Utan ett sådant hot kan det, om domstol beslutar att upphandling skall göras om, tänkas att viljan att följa domstols beslut inte blir så mycket större än vad som för närvarande gäller. Vad gäller otillåtna direktupphandlingar består den obegränsade tiden för överprövning och förvaltningsdomstolen tvingas bedöma huruvida prestationen är oåterkallelig, och om så är fallet avskryva talan om överprövning. Ett införande av en preskriptionstid, inom såväl det direktivstyrda området som det område som faller utanför direktiven, i den svenska lagstiftningen skulle dock innebära ett införande av en tydlig och välbehövlig gräns för när en skadeståndstalan kan föras direkt, utan att bedömning huruvida överprövning kan ske först måste göras. Något som förhoppningsvis skulle underlätta den praktiska tillämpligheten och öka förutsägbarheten.

7 Avslutande kommentarer

Möjligheten att uppnå full ersättning för skador till följd av överträdelser av upphandlingslagstiftningen är en nödvändighet för att Sverige skall kunna leva upp till kravet på full implementering av EG-rätten.⁸⁷ *Ishavet* innebär inte någon egentlig lösning på bevisproblematiken kring skadeståndstalan efter en otillåten direktupphandling. För att leverantör skall kunna uppnå ersättning med det positiva kontraktsintresset vid otillåtna direktupphandlingar krävs att denne med ett hypotetiskt anbud måste visa att han utifrån ett hypotetiskt förfrågningsunderlag sannolikt skulle ha vunnit upphandlingen, vilket i praktiken torde vara omöjligt.

En regel om att all upphandling där anbud inte infordrats skall ske med antagande av det lägsta anbudet innebär inte någon större skill-

⁸⁶ Jfr KOM (2006) 195 slutlig, ingressen p. 13, samt Kristian Pedersen, ERT 2006, s. 590 f.

⁸⁷ Jfr Simon Evers Hjelmberg m.fl., 2005, s. 373, samt Nils Wahl, JT 1997–98, s. 624 f.

nad. Det borde dock krävas att upphandlande myndigheten visar att upphandling med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skett tidigare och att så skulle ha skett även i det aktuella fallet. Den upphandlande myndigheten bör även kunna visa vilka kriterier som skulle ha använts. Till sin hjälp att göra detta bör en bedömning kunna ske utifrån den som erhållit kontraktet med beaktande av det uppdrag som utförts. Någon optimal lösning är det dock inte och frågan är om en sådan över huvud är möjlig att finna vid skadeståndstalan efter en otillåten direktupphandling.

I diskussionen kring en upphandlande myndighets skadeståndsansvar får man inte glömma att beakta vilka intressen regleringen är tänkt att skydda. Även om skadeståndet är tänkt att ge visst rättsligt skydd åt den enskilde syftar det i första hand till att säkra procedurreglernas genomslag och därigenom bidra till att offentliga medel inte används till att snedvrیدا konkurrensen på den fria inre marknaden. Kravet på snabba och effektiva rättsmedel visar att det i första hand är konkurrensutsättning som skall komma ifråga om upphandlingsförfarandet visat sig felaktigt. Beträffande felaktiga kontraktstilldelningar där annonsering skett, upphandlingsmeddelande lämnats till anbudssökande eller anbudsgivare och felaktigheten begåtts exempelvis i samband med anbudsutvärderingen förefaller en skadeståndstalan, med hänsyn till tiodagsfristen och vad som — i ljuset av enskilds skyldighet att begränsa sin skada — tycks vara en skyldighet att söka överprövning⁸⁸, i praktiken inte fylla någon större funktion i Sverige sedan lagändringen 2002.

Efter en otillåten direktupphandling finns emellertid knappast någon möjlighet för den upphandlande myndigheten att göra en invändning om att klagande leverantör försuttit sin chans till överprövning och därmed inte skulle ha rätt till skadeståndsansättning. Som visades inledningsvis är möjligheten till överprövning i teorin tidsobegränsad vad gäller otillåtna direktupphandlingar och överprövning skall därmed i normalfallet sökas innan talan om skadestånd väcks. Vid överprövning av otillåtna direktupphandlingar torde dock domstolen, särskilt om en längre tid förflutit, i betydligt högre grad än vad som är fallet vid överprövning av upphandling där annonsering skett och upphandlingsmeddelande lämnats, möta problemet med prestation som utgått eller en upphandlande myndighet som inte vill eller anser sig kunna göra om upphandlingen. Som angetts ovan torde det i sådana fall endast vara skadeståndstalan som återstår. En upphandlande myndighets rädsla att ställas inför en skadeståndstalan är dock med tanke på de problem som finns kring skadestånds utdömande, i vart fall i avvaktan på en mer utvecklad praxis, ett relativt svagt sanktionsmedel. Här kan en modell motsvarande de straffavgifter som bl.a. införts i Norge möjligen ha en mer avskräckande effekt.

⁸⁸ Se Henrik Leffler, ERT 2005, s. 78–85.

Att endast lämna missnöjd leverantör med skadeståndstalan som enda utväg innebär inte någon ny konkurrensutsättning och är alltså inte heller någon önskvärd utveckling vad gäller otillåtna direktupphandlingar. Ändringarna av Rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) är tänkt att stävja otillåtna direktupphandlingar och ge en ökad möjlighet till överprövning på ett tidigt stadium. Skadeståndstalan kommer antagligen att aktualiseras än mer sällan om förslaget får den positiva effekt som det är tänkt och överprövning kan ske på ett tidigt stadium där prestationer kan gå tillbaka och myndigheten också följer förvaltningsdomstolens dom. Samtidigt skulle en preskriptionsfrist innebära att man undviker det otillfredsställande i att ha en obegränsad överprövning i ett system där överprövning tycks förutsättas föregå skadeståndstalan. Preskriptionen utgör således en, vad det tycks vara, välbehövlig gräns för hur sent en skadeståndstalan kan väckas. Det blir då tydligare vilket förfarande som är aktuellt och risken att upphandlingar som i praktiken inte kommer att göras om ändå döms till förnyad konkurrensutsättning minskar. I och med den utveckling som svensk praxis tagit vad gäller bevisfrågor och storlek på skadeståndet är det inte osannolikt att skadeståndet i framtiden får en något större — trots att den kan komma att aktualiseras än mer sällan — praktisk betydelse efter att upphandling skett utan att procedurreglerna överhuvudtaget beaktats.