

Charlotte Brunlid

DATUM  
2005-04-13  
ERT DATUM  
2004-11-26

DIARIENR  
2004/0261-22  
ER BETECKNING  
T 2883-04

1 (16)

Högsta domstolen  
Box 2066  
103 12 STOCKHOLM

## Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 2883-04

Högsta domstolen har förelagt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att avge ett yttrande i rubricerade mål. Högsta domstolen har inte närmare angivit några särskilda frågor som NOU skall yttra sig över. NOU koncentrerar sig därför på frågorna huruvida ett prövningstillstånd bör meddelas i målet samt en redogörelse för dagens rättsläge angående skadestånd.

### Sammanfattning av NOU:s bedömning.

Högsta domstolen har tidigare avgjort två mål om skadestånd vid offentlig upphandling som är av relevans för innevarande mål. Målen behandlar ärenden av specifik karaktär. Det är inte tydligt om dessa avgöranden skall läsas i ett sammanhang eller var för sig utifrån de särskilda förhållanden som råder i vart och ett av målen, nämligen dels en upphandling där upphandlande myndigheten förbehöll sig fri prövningsrätt, dels en otillåten direktupphandling.

NOU anser att det vore av vikt för ledning av rättstillämpningen om Högsta domstolen avgjorde ytterligare mål om skadestånd vid offentlig upphandling. I innevarande ärende är det frågan om en upphandling där tilldelning av kontrakt inte skett i enlighet med angivna utvärderingskriterier, vilket inte tidigare avgjorts av Högsta domstolen.

Ett förtydligande är särskilt angeläget vad gäller frågan om vilken hänsyn Högsta domstolen menar kan tas till "överträdelsens karaktär" vid bedömning av skadestånd.

Vad som förevarit i målet framgår av bilaga.

Charlotte Brunlid

## **Rättsläget Bedömningen inom EG-rätten**

Skyldigheten att betala skadestånd och att garantera en rättssäker prövning av ersättningsanspråk som bygger på överträdelser av gemenskapsrätten är en konsekvens av Sveriges EU-medlemskap. Detta anges i betänkandet det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler. NOU instämmer med utredningens uppfattning att rätten till ersättning är direkt grundad på gemenskapsrätten. Frågan om rätt till ersättning skall avgöras enligt gemenskapsrättens regler så som dessa utformats av EG-domstolen. När den nationella domstolen skall fastställa ersättningen sker detta däremot med tillämpning av den nationella rättens process- och skadeståndsregler.<sup>1</sup>

Bakgrunden till reglerna om skadestånd i LOU är EG-direktiv 89/665/EEG (klassiska sektorn) och direktiv 92/13/EEG (försörjningssektorerna). I ingressen till direktiv 89/665/EEG anges att då det offentliga upphandlingsområdet öppnas för konkurrens mellan medlemsstaterna, ”krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.” I artikel 2.1.c i direktivet regleras skadeståndet enbart genom att det uttrycks att bestämmelser om prövning av offentlig upphandling skall innefatta behörighet att ge ersättning åt en person som skadats av överträdelse. Regeln är således vag till sitt innehåll. I det senare tillkomna direktivet 92/13/EEG regleras skadeståndet något tydligare genom att det i artikel 2.1.d regleras att skadestånd skall utges vid brott mot direktivet och att det i artikel 2.7 regleras att anbudsgivare är berättigad till ersättning för det negativa kontraktsintresset om han kan visa att han skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna kontraktet och att överträdelsen försämrat denna möjlighet.

EG-domstolen har uppgett i dom i de förenade målen C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame III<sup>2</sup>, som dock inte behandlar offentlig upphandling, att nationella skadeståndsregler inte får göra skadeståndet beroende av att det statliga organ som kan tillskrivas fördragsbrottet förfarit uppsåtligt eller vårdslöst.<sup>3</sup> Domstolen stadgade i domen, mer i allmänhet, att

---

<sup>1</sup> Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten, SOU 1997:197, sid. 13.

<sup>2</sup> Mål C-46/93 och 48/93 Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl. [REG 1996, I01029].

<sup>3</sup> Mål C-46/93 och 48/93, p. 80.

Charlotte Brunlid

ersättning som är begränsad till enbart det negativa kontraktsintresset såvitt gäller medlemsstaternas ansvar i förhållande till enskilda inte kan tillåtas.<sup>4</sup>

I Grönboken om offentlig upphandling hänvisades till domen. EG-kommissionen menade att enskilda troligtvis kommer att åberopa denna inför nationell domstol för att erhålla ersättning för den skada de lidit, inklusive utebliven inkomst och därmed kommer att få ett effektivt skydd av sina rättigheter.<sup>5</sup> Vidare uppgav kommissionen att ersättning endast för kostnader att förbereda anbud inte på något sätt utgör full ersättning för den skada som den sökande lidit genom att inte erhålla kontraktet, även om kostnaderna kan vara omfattande.<sup>6</sup> Kommissionen efterfrågade i sammanhanget synpunkter från medlemsstaterna dels på förslaget att införa en skyldighet att i alla händelser säkerställa full ersättning för den lidna skadan, dels på förslaget om ett ”avhållande skadeståndsbelopp” gående utöver den lidna skadan.

EG-domstolen har berört frågan om rättsmedel i bl.a. mål C-81/98, det s.k. Alcatelmålet.<sup>7</sup> I målet behandlades frågan om överprövning av en upphandling där beslut om tilldelning av kontraktet fattats samtidigt som avtal tecknats. EG-domstolen påpekade att rättsmedelsdirektivet har till syfte att på såväl det nationella planet som gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelsena ännu kan rättas till. I art. 1.1 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande enhets beslut skall kunna prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling skall iaktas. Bestämmelsen avser beslut som har åsidosatt gemenskrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införlivande av denna gemenskapsrätt, utan att det anges någon begränsning vad gäller nämnda besluts natur eller innehåll.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Mål C-46/93 och 48/93, p. 87. EG-domstolen anger att det ”vid överträdelse av gemenskapsrätten inte kan tillåtas att utebliven vinst helt utesluts som ersättningsgill skada”. Nils Wahl noterar domen i sammanhanget att regleringen av rättsmedelsdirektiven bygger på en preventionstanke och till följd av denna en reparationstanke som medför full ersättning för liden skada, a.a. sid. 622. Jan Hellner uppger i Juridisk Tidskrift 1998-99, nr 4, sid. 950 ff. rörande målet att det inte rör upphandling och inte ens förhållandet mellan enskilda parter, men att ställningstagandet bör uppmärksammas.

<sup>5</sup> Grönbok Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: överväganden inför framtiden, 27 november 1996, punkt 3.8.

<sup>6</sup> Grönboken, punkt 3.38.

<sup>7</sup> Mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr [REG 1999, I07671].

<sup>8</sup> Mål C-81/98, p. 33-35.

Charlotte Brunlid

EG-domstolen har vidare berört frågan om rättsmedelsdirektiven i mål C-92/00 mellan Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) och Stadt Wien.<sup>9</sup> Domstolen uppgav i domen att rättsmedelsdirektiven är avsedda att skydda de materiella upphandlingsdirektivens genomslag.

Professor Sue Arrowsmith har uttryckt att sanktionssystemet inom offentlig upphandling skall ses som en helhet och menar att en sämre möjlighet att få andra åtgärder vidtagna för att justera ett felaktigt upphandlingsförfarande, kan kompenseras av en skadeståndsmöjlighet. Arrowsmith menar vidare att den leverantör som kan visa att denne skulle ha fått kontraktet om inte brott mot reglerna begåtts, skall ha möjlighet att få ersättning för "vinsten" som skulle gjorts till följd av kontraktet, med vilket avses skillnaden mellan det pris som satts för leveransen och de utgifter som skulle följa av kontraktet, reducerat för att reflektera the "value of the chance".<sup>10</sup>

Sammantaget kan konstateras att regleringen om skadestånd inom offentlig upphandling får utläsas från direktivtextens syfte och ur domar från EG-domstolen som berör angränsande områden. Det kan konstateras att det ur EG-rättslig synvinkel främsta syftet med rättsmedlen inom offentlig upphandling är att förebygga regelöverträdelser; således en preventiv funktion.

NOU redogjorde för samtliga dåvarande medlemsstaters beräkningsgrund för skadestånd i "Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater". Enligt konsultundersökningar i EG-kommissionens utredning "Study on the remedies applied in the Member States in the field of Public procurement" (CC/97/12-EN) föreföll det vara klarlagt att beräkningsgrunden för skadeståndet i alla då undersökta medlemsstater var det positiva kontraktsintresset.<sup>11</sup>

## **Regleringen i LOU**

Skadeståndsskyldigheten inom offentlig upphandling regleras i 7 kap. 6 § LOU. Enligt förarbetet till lagen<sup>12</sup> skall en upphandlande enhet ersätta skada för leverantör om skadan har uppkommit på grund av att bestämmelserna i lagen inte har följts. I specialmotiveringen till 7 kap. 6 § LOU framgår att det med "uppkommen skada" inte bara avses onödiga kostnader m.m. utan

<sup>9</sup> Mål C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien [REG 2002, I05553].

<sup>10</sup> Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, 1996, sid. 912-913.

<sup>11</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, dnr 1999/0053-28, sid. 17-19.

<sup>12</sup> Proposition 1992/93:88.

Charlotte Brunlid

även det positiva kontraktsintresset. Vidare framgår att den som yrkar skadestånd är beviskyldig för skadan. För att det skall anses att en leverantör har drabbats av skada till följd av felet skall han i princip ha förlorat kontraktet till följd därav. Det påpekas beträffande skadeståndets funktion att det från ingressen till rättsmedelsdirektivet kan utläsas att syftet bakom direktivets regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå från att ett anbud som han lägger ner möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.<sup>13</sup>

I den allmänna motiveringen i propositionen anger departementschefen rörande avvägningen mellan det negativa och positiva kontraktsintresset, med hänvisning till Stockholms universitets remissyttrande, att det är av värde ur effektivitetssynvinkel att möjligheten till fullt skadestånd finns för den lidna skadan. Universitetet menade att regler om fullt skadestånd är en del av ett effektivt överprövningssystem, men att de svårigheter som finns för förbigångna företag att visa kausalitet mellan begångna fel och det faktum att vederbörande lidit skada genom att inte erhålla kontraktet medför en stark begränsning av de situationer där ersättning för det positiva kontraktsintresset kommer i fråga.<sup>14</sup>

Lagrådet kommenterade i förarbetet att det får anses osäkert och överlämnat till rättstillämpningen att avgöra hur bestämmelserna i 7 kap. 6 och 7 §§ LOU närmare hänger samman och hur de i sina detaljer skall tolkas.<sup>15</sup>

Upphandlingskommittén föreslog i delbetänkande SOU 1999:139 att 7 kap. 6 § LOU skulle ändras. Det förslag som framställdes av kommittén innebar att 7 kap. 6 § skulle omfatta ett nytt andra stycke med innebörden att skadestånd skall omfatta ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst skäligt belopp.<sup>16</sup> Kommittén konstaterade att ”rättsmedelsdirektiven främst syftar till att upphandlande enheter skall avhållas från att bryta mot upphandlingsreglerna.” Skadestånd skall, enligt kommittén, utgå vid såväl uppsåt som oaktsamhet och då med det positiva kontraktsintresset. En skadeståndsberättigad leverantör skall således erhålla samma vinst som han skulle ha fått om avtal ingåtts. Ställningstagandet grundades dels på en tolkning av rättsmedelsdirektivet, dels på att reglerna om skadestånd måste vara effektiva från allmänpreventiv synpunkt. Kommittén framhöll dock att det, trots att det positiva kontraktsintresset skulle ersättas, inte är givet hur skadeståndet skall beräknas. Kommittén menade att en skadelidande

<sup>13</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 103.

<sup>14</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 46.

<sup>15</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 141.

<sup>16</sup> SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén, sid. 37.

Charlotte Brunlid

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. Enligt kommittén bör dock skadeståndet kunna jämkas om det är oskäligt med hänsyn till den upphandlande enhetens möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst och omständigheterna i övrigt. Kommittén gav i utredningen uttryck för att ett alltför stort skadestånd i vissa delar skulle kunna få en negativ effekt på upphandlingsverksamheten. Skadeståndet borde därför kunna jämkas inom ramen för det positiva kontraktsintresset. Detta innebär att ersättning för utebliven vinst kan komma att jämkas så att skadeståndet omfattar ett, med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst, skäligt belopp.<sup>17</sup>

NOU uppgav i remissvar rörande delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) att myndigheten delar kommitténs uppfattning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU. NOU hade inget att erinra mot den möjlighet att jämka skadeståndet inom ramen för det positiva kontraktsintresset som kommittén ansåg borde finnas.<sup>18</sup>

Förslaget medförde inte någon förändring av lagen.

### **Svensk rättspraxis**

Högsta domstolen har tidigare bedömt frågor om offentlig upphandling i endast ett fåtal avgöranden. Av dessa är två av intresse för diskussionen i det aktuella målet.<sup>19</sup>

Det första av målen, NJA 1998 sid. 873 behandlar en förenklad upphandling av projektering av om- och tillbyggnad av ett servicehus. Den upphandlande myndigheten (Heby kommun) förbehöll sig i anbudsinbjudan fri prövningsrätt av samtliga ingivna anbud.

Högsta domstolen konstaterade i domskälen att reglerna om offentlig upphandling under tröskelvärdena är anpassade till EG-direktiv och hänvisade till gemenskapsrätten rörande frågan om tolkningen av nationell

---

<sup>17</sup> SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén, sid. 321-322. Jfr även med Sue Arrowsmiths ovan nämnda skrivning, fotnot 10.

<sup>18</sup> Yttrande avseende Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139), dnr. 1999/0266-22, sid. 25.

<sup>19</sup> Ett av dem, NJA 2001 sid. 3, behandlar frågan om skadeståndsskyldighet enligt LOU gentemot anbudsgivare när ett landsting avbrutit upphandlingsförfarande för att utföra verksamheten i egen regi och är således inte av närmare intresse här.

Charlotte Brunlid

rätt som anpassats till denna.<sup>20</sup> Högsta domstolen uppgav att det inte av förfrågningsunderlaget gick att utröna vilka omständigheter, utöver priset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen och att kommunen därför inte hade möjlighet att anta något annat anbud än det med lägsta anbudspris. Högsta domstolen hävdade att det saknar betydelse att kommunen inför upphandlingen hade angivit att lägsta pris inte var avgörande. Vidare konstaterades att kommunen inte begärt någon skriftlig förklaring på det anbud som de ansåg vara orimligt lågt från klagandebolaget innan de förkastade det och därigenom bröt mot ett i LOU fastställt formkrav. Klagande bolagets anbud, som innebar det lägsta priset, borde ha antagits. Högsta domstolen uppgav angående skadeståndets storlek att ”med 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”. Med hänvisning till förarbetena, konstaterades att det positiva kontraktsintresset skall ersättas.<sup>21</sup> Högsta domstolen ansåg att ”en anbudsgivare som har rätt till skadestånd skall försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt” och menade att vad som förekommit i målet rörande skadeståndets beräkning inte föranledde någon annan bedömning än den tingsrätten gjort. Skadeståndet omfattade även tilläggsbeställningar i anledning av uppdraget.

Det andra målet av intresse för nu aktuellt ärende är NJA 2000 sid. 712, i vilket det var frågan om Ekerö kommuns upphandling av städtjänster som inte föregåtts av ett anbudsförfarande, således en otillåten direktupphandling. Tvättsvamparna, Rent och Fint HB (Tvättsvamparna) menade att om ett upphandlingsförfarande hade genomförts, hade de vunnit avtalet. Samtliga rättsliga instanser bedömde i målet att det inte kunde anses visat att bolaget som klagade skulle ha erhållit de i målet aktuella kontrakten om inte de fel som förekommit vid upphandlingen gjorts.

Högsta domstolen förde i domen ett resonemang om att ett lägre beviskrav för rätt till skadestånd ofrånkomligen innebär att en upphandlande enhet riskerar att få betala skadestånd till flera leverantörer. Vidare anfördes att om ersättningen under alla förhållanden skulle bestämmas enligt samma principer som inom ramen för kontraktsförhållanden skulle upphandlande myndigheterna kunna få orimligt betungande skadeståndsskyldigheter. Högsta domstolen uppgav att ”[s]kadeståndsskyldigheten enligt LOU har emellertid i väsentliga hänseenden andra ändamål än skadestånd inom kontraktsförhållanden. Man kan inte redan av den omständigheten att 7 kap.

---

<sup>20</sup> EG-domstolens dom i mål C-28/95, Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemigen Amsterdam 2 [REG 1997, I04165].

<sup>21</sup> Prop. 1992/93:88 sid. 46

Charlotte Brunlid

6 § LOU lämnar utrymme för full ersättning för utebliven vinst dra den slutsatsen att ersättning alltid skall bestämmas med stöd av samma principer som tillämpas inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållanden. Goda skäl kan anföras för att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp.” Högsta domstolen uppgav att ”full ersättning för beräknad utebliven vinst dömdes ut under de särskilda förhållanden som var vid handen i NJA 1998 sid. 873 kan inte anses utgöra hinder för att lägga en sådan allmän princip till grund för beräkningen av skadeståndet”. Övervägande skäl talar enligt Högsta domstolen för att det bör vara tillräckligt 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 högre belopp än de kostnader han haft.

Med anledning av Högsta domstolens formulering i NJA 2000 sid. 712 har frågeställningen uppkommit hur skadestånd vid offentlig upphandling skall beräknas. NOU anser att det är oklart om domarna skall läsas var för sig i de specifika sammanhang som råder i vart och ett av fallen eller om de skall tolkas tillsammans. Särskilt oklara finner NOU frågeställningarna om vilka beviskrav som skall ställas på klagande leverantören och vad som avses med skrivningen i NJA 2000 sid. 712 om att ersättning bör utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp.

### **Uppfattningar inom doktrinen**

Göteborgs kommun åberopar att Jan Hellner i Skadeståndsrätt femte upplagan (1995) ansåg att det inte förefaller rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som vid ett giltigen ingånget avtal. Hellner menade att det vore uppseendeväckande om en anbudsgivare kunde få skadestånd som motsvarar den vinst leverantören skulle ha gjort om han erhållit kontraktet och fullgjort det. En analogi som enligt Hellner låg nära till hands var principerna för skadestånd vid ren förmögenhetsskada som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning.<sup>22</sup>

Högsta domstolen hänvisade i NJA 1998 sid. 873 till en artikel av Nils Wahl i vilken denne argumenterar för att skadestånd bör utgå för belopp uppgående till det positiva kontraktsintresset.<sup>23</sup> Nils Wahl uppger inledningsvis i artikeln att bakgrunden till reglerna om skadestånd inom

<sup>22</sup> Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 5 upplagan, sid. 468.

<sup>23</sup> Nils Wahl, Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?, Juridisk Tidskrift 1997-98, nr 2, sid. 619 ff. Nils Wahl var en av upphovsmännen till Juridiska fakultetsnämndens remissyttrande vid remissomgången av Ds 1992:4.

Charlotte Brunlid

offentlig upphandling är EG-rättslig reglering. Formerna för och storleken på ersättningen har i rättsmedelsdirektivet lämnats till nationell rätt. Wahl hävdar att det inte kan anföras som skäl mot kravet på full ersättning att det skulle vara främmande för svenska skadeståndsrättsliga principer. Wahl hänför sig till skillnaden mellan rättsmedelsdirektiven inom klassiska sektorn och försörjningssektorerna och menar att det inte skulle finnas anledning att i det andra rättsmedelsdirektivet (avseende försörjningssektorerna) reglera en uppdelning av skadeståndet i två delar; dels skadestånd för skador som uppstått med anledningen av överträdelsen, dels skyldighet att ersätta kostnader för att förbereda eller delta i ett anbudsförfarande i den mån överträdelsen menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas upphandlingen<sup>24</sup>, om inte avsikten varit att den första formen skulle inbegripa rätten till fullt skadestånd. Wahl anser att om det inom försörjningssektorerna ges möjlighet till dels ersättning endast för kostnader, dels fullt skadestånd, skall möjligheten till fullt skadestånd föreligga även vid upphandling utanför försörjningssektorerna. Nils Wahl menar att regleringen av skadestandsfrågorna i rättsmedelsdirektiven ger vid handen en långt gången preventionstanke och, till följd av denna, krav på full reparation för liden skada.

Uppfattningen att skadeståndet skall omfatta vinsten delas, som ovan nämnts, av professor Sue Arrowsmith.<sup>25</sup>

Jan Hellner kommenterade NJA 1998 sid. 873 i en artikel i Juridisk Tidskrift 1998-99, sid. 950 ff. Hellner uppgav att "[d]et kategoriska uttryckssättet i domen ger intrycket, att enligt HD vid tillämpningen av 7 kap. 6 § LOU full ersättning för det positiva kontraktsintresset alltid skall utgå när en anbudsgivare, som vid ett riktigt förfarande skulle ha erhållit kontraktet, är berättigad till skadestånd." Hellner menade att domstolen genom domen tar avstånd från den mera nyanserade bedömning av skadeståndet som han själv gjort sig till talesman för. Konsekvensen av Högsta domstolens ställningstagande i målet är enligt Hellner betydande. Närhelst ett fel förekommit som skall bedömas enligt 7 kap. 6 § LOU skall den vars anbud skulle ha antagits om inget fel begåtts, ha full ersättning för den vinst som han skulle ha gjort om det antagits. Hellner menade att sådan ersättning blev förmånlig för den förbigångna parten, som istället för att ha besväret och kostnaden av att fullgöra kontraktet och risken att ha gjort en felbedömning eller begå kontraktsbrott, fick ersättning för den fulla vinsten.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Direktiv 92/13/EEG, ingressen p. 10, art. 2.1.d och 2.7.

<sup>25</sup> Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, 1996, sid. 912.

<sup>26</sup> Jan Hellner, *Upphandling och skadestånd*, Juridisk Tidskrift 1998-99, nr 4, sid. 950 ff.

Charlotte Brunlid

År 2000 utkom Skadeståndsrätt i en ny upplaga, skriven av Svante Johansson. Denne uppger i inledningen till boken att Jan Hellner läst och kommenterat upplagan utan att ta ansvar för de förändringar som införts. Svante Johansson skriver dock att han strävat efter att behålla Jan Hellners uppfattningar av mer rättspolitisk natur.<sup>27</sup> Ovan, avseende femte upplagan, nämnda ståndpunkter har i upplagan ersatts av en ny skrivning med innebörden att skadeståndet enligt förarbetet till lagen<sup>28</sup> inte bara omfattar ”onödiga kostnader” utan även det positiva kontraktsintresset ”enligt vad som vanligen förstås med detta uttryck, att den skadelidande har rätt till full ersättning för den vinst som han skulle ha gjort om han erhållit kontraktet och fullgjort det. Så har också HD tolkat bestämmelsen, se NJA 1998 sid. 873. Svårigheten att bevisa kausalsamband mellan felet och en skada för vilken krävs ersättning utgör dock en begränsande omständighet.”<sup>29</sup> Hellners uppfattning att regeln måste anses innebära en begränsning, även om skadan orsakats uppsåtligt eller till följd av oaktsamhet, kvarstår även i den senaste upplagan. Det är enligt Hellner osäkert om skadeståndsskyldighet kan uppstå i några fall av oaktsamt handlande.<sup>30</sup>

Kommittén redogjorde i delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) för några av de åsikter som framställts i debatten om skadestånd, utöver vissa av de ovan refererade ståndpunkterna, såsom professor Curt Riberdahls och förbundsjuristen Ulf Palms inslag i debatten i en artikel i Svensk Juristtidning 1997/98<sup>31</sup>. Författarna framhöll att det är principiellt dubiöst att använda det positiva kontraktsintresset eftersom ersättning för utebliven vinst endast utgår när det föreligger ett kontraktsförhållande. Vidare uppgav de att upphandlingar till små belopp kan bli föremål för omfattande och tidskrävande processer om samma skadestånd skall utgå även för upphandlingar under tröskelvärdena. Riberdahl och Palm menade att det inte är ovanligt att kändanden är företag som knappast kunnat fullfölja uppdraget om de hade fått kontraktet samt att risken för att dra på sig en skadeståndstalan kan medföra att upphandlande enheter alltför ofta använder utvärderingsformen lägsta pris istället för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> A.a. förord till 6 upplagan, sid. 6. Formuleringen tycks överensstämma dem som framförts i ovan nämnda artikel i Juridisk Tidskrift 1998-99, nr 4, sid. 950 ff. och torde vara en spegling av Jan Hellners inställning.

<sup>28</sup> Prop. 1992/93:88 sid. 102.

<sup>29</sup> Jan Hellner, Svante Johansson, Skadeståndsrätt, 6 upplagan, 2000, sid. 474 – 475.

<sup>30</sup> Jan Hellner, Svante Johansson, a.a., 6 upplagan sid. 474, femte upplagan, sid. 467.

<sup>31</sup> Svensk juridisk tidskrift 1997/98, sid. 644 ff.

<sup>32</sup> Lämpligheten av ersättning för det positiva kontraktsintresset har även ifrågasatts vid Finansutskottets behandling (1997/98:FiU). I direktiven till NOU-utredningen (Fi 1998:08, sid.11) anges att det positiva kontraktsintresset kanske är en för kraftig påföljd.

Charlotte Brunlid

Upphandlingskommittén redovisade även Margareta Hentze och Hans Sylvéns åsikt som uttryckts i lagkommentaren.<sup>33</sup> De menar att skadestånd bör kunna utgå även på grund av oaktsamt handlande från den upphandlande enhetens sida. Skadeståndet är enligt författarna en del av de rättsmedel som medlemsstaterna måste ha för att tillgodose kravet på att bevaka gemenskapsrätten och dess kanske främsta syfte är det allmänpreventiva. De hänför sig till EG-domstolens praxis att nationella skadeståndsregler inte får göra skadeståndet beroende av att de organ som kan tillskrivas brottet förfarit uppsåtligt eller vårdslöst om brottet innebär en klar överträdelse av gemenskapsrätten.<sup>34</sup> Författarna menar att skadeståndet skall ersätta det positiva kontraktstintresset,<sup>35</sup> att leverantören är berättigad till ersättning för förlorad handelsvinst samt att ledning vid beräkning kan fås från köprätten. Produktionskostnader och kostnader till följd av leverantörens underlåtenhet att söka begränsa skadorna skall dras från anbudspriset.

## **Beviskrav vid skadeståndstalan rörande offentlig upphandling**

Högsta domstolen gör i NJA 2000 sid. 712 gällande att övervägande skäl får anses tala för att det bör vara tillräckligt 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 de kostnader han haft. Med anledning av detta önskar NOU påpeka följande.

NOU har i ”Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater” uppmärksammat problematiken att en sänkning av beviskravet gör det teoretiskt möjligt att flera leverantörer kan bli berättigade till skadestånd för anbudskostnader eller att skadeståndet fördelas mellan flera förfördelade leverantörer i proportion till den bevisstyrka de kunnat uppbringa om att kunna erhålla kontraktet.<sup>36</sup> NOU beskrev då ett scenario där den beräknade inkomstförlusten skulle fördelas med olika andelar mellan de två eller tre anbudsgivare som mest sannolikt skulle ha antagits.<sup>37</sup> Resonemanget har

---

<sup>33</sup> Margareta Hentze, Hans Sylvé, Offentlig upphandling, 1998, sid. 361-363. Refererad i SOU 1999:139, sid. 321.

<sup>34</sup> De förenade målen C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame III.

<sup>35</sup> Med hänvisning till att kommissionen i grönboken 3:38 framfört att ersättning för kostnader att förbereda anbud inte på något sätt är en full ersättning för det skada som den klagande lidit genom att inte erhålla kontraktet.

<sup>36</sup> Ärende 1999/0053-28, 1999-03-31.

<sup>37</sup> A.a. sid. 16. Situationen beskrevs så, att skadestånd skulle kunna utgå med 50 % till den mest sannolika, 30 % till den som kunde förväntas komma på andra plats och 20 % till den som kunde bedömas ha viss chans att erhålla kontraktet om felet inte hade begåtts.

Charlotte Brunlid

därefter förts vidare i en artikel som publicerats i *Public Procurement Law Review*<sup>38</sup> och *Europarättslig Tidskrift*<sup>39</sup> i vilken framförts att konsekvensen av det sänkta beviskravet skulle kunna bli att skadestånd måste utbetalas med mer än 100 %, beroende på med vilken styrka leverantörerna kunnat bevisa att de skulle ha fått kontraktet.<sup>40</sup> Enligt NOU är detta inte en omöjlig utveckling av ett lägre beviskrav, eftersom inte domstolen under en rättsprocess kan få kännedom om vilka skadeståndskrav som kommer att uppstå och inte kan ställa ett skadeståndsanspråk mot ett hypotetiskt framtida anspråk.

## Frågan om myndighetsutövning

Göteborgs stad gör jämförelser med en numera upphävd regel i 3 kap. 5 § skadeståndslagen om skadeståndsansvar som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning. I Sverige anses generellt inte i doktrinen att upphandling utgör myndighetsutövning.<sup>41</sup> Frågan om upphandling är att anse som myndighetsutövning påverkar bedömningen av hur skadeståndsberäkning skall göras.<sup>42</sup>

JO har i ett ärende konstaterat att beslut om upphandling inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Henrik Leffler, jur. kand., LL.M. *European Law* (Nottingham), (2003) 4 P.P.L.R. sid. 151-174.

<sup>39</sup> Artikeln har publicerats på svenska i *Europarättslig Tidskrift* nummer 3, 2003, sid. 483 ff., Henrik Leffler, *Skadestånd för överträdelse av reglerna om offentlig upphandling*.

<sup>40</sup> Det exempel som nämns i artikeln är att leverantören B visar att han med 70 % sannolikhet skulle ha fått kontraktet och leverantörerna C resp. D i en senare skadeståndsprocess kan visa att de med 55 resp. 45 % sannolikhet skulle ha fått kontraktet varvid det totala skadeståndet kommit att uppgå till 170 %.

<sup>41</sup> Bertil Wennergren anger i *Offentlig förvaltning i arbete*, sid. 27, att exempel på beslut som inte har med myndighetsutövning att göra är ärenden som angår upphandling och annan affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsliga mellanhavanden. Carl-Michael Quitzow anger i *Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen*, sid. 46, att ansvaret för undanröjandet av handelshinder också omfattar verksamhet som inte sammanhänger med politiskt beslutsfattande eller myndighetsutövning. Därigenom berörs också offentliga organs handlande av privaträttslig natur, t.ex. vid upphandling. Tom-Erik Madell anger i *Det allmänna som avtalspart*, sid. 130, att ärenden som rör det allmännas upphandling, affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsliga mellanhavanden berörs inte av de regler i förvaltningslagen som bara är avsedda att gälla myndighetsutövning. Se ”Mångfald och upphandling”, Michael Slavicek, NOU, dnr. 1999/0197-29, sid. 10.

<sup>42</sup> Se även ovan under rubriken ”Rättsläget” angående prop. 1992/93:88 och Upphandlingskommitténs yttrande i SOU 1999:139.

<sup>43</sup> Dnr. 3497-2000, beslut 2001-12-17, Anmälan mot Torsby kommun angående påstående om domstolstrots. Ärendet avsåg en kommunstyrelsens beslut att inte verkställa en upphandling enligt LOU trots en lagakraftvunnen dom från kammarrätten att upphandla den aktuella byggtreprenaden. JO konstaterade att kommunstyrelsen agerat felaktigt i flera avseenden samt att det är allvarligt och strider mot offentliga organs uppträdande att

Charlotte Brunlid

Regeringsrätten har nyligen avgjort ett mål avseende en rättsprövning enligt lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut avseende en av kammarrätten avvisad ansökan om rättsprövning av en legitimerad läkare som blivit föremål för kritik av Socialstyrelsen i ett tillsynsärende.<sup>44</sup> I ärendet behandlades frågan om vad som avses med begreppet myndighetsutövning. Regeringsrätten konstaterade att det i förarbetena till 11 kap. 6 och 7 §§ regeringsformen har förutsatts att begreppet myndighetsutövning skall ges samma innebörd som i 3 § i 1971 års, numera upphävda, förvaltningslag.<sup>45</sup> Där användes uttrycket "...utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande". Regeringsrätten uppgav att begreppet myndighetsutövning har en förhållandevis snäv innebörd och inte täcker alla fall där ett beslut kan sägas ha faktiska och för den enskilde negativa verkningar. Regeringsrätten uppgav att praxis från Europadomstolen rörande artikel 6 i Europakonventionen inte föranleder någon annan bedömning.<sup>46</sup>

NOU menar att skadeståndet i upphandlingsmål har ett annat syfte än skadestånd vid felaktig myndighetsutövning. Reglerna har olika bakgrund och bör därför inte ses i samma sammanhang. NOU:s ståndpunkt är att upphandling inte är myndighetsutövning.

Göteborgs Stad gör gällande att vissa skrivningar i Bertil Bengtssons "Skadestånd vid myndighetsutövning" påminner om Högsta domstolens formulering i NJA 2000 sid. 712. Staden anser att bedömningen av skadestånd vid offentlig upphandling skall göras enligt vad som är skäligt istället för att jämkas utifrån det positiva kontraktsintresset. Bertil Bengtssons formulering är skriven utifrån ett perspektiv där den enskilde står gentemot det allmänna, men inte i ett affärsförhållande.<sup>47</sup>

---

kommunstyrelsen i ärendet inte respekterat domstolsavgörande. Vidare konstaterar JO att "[ä]ven om det med anledning av det inträffade hade varit påkallat att vidta åtgärder mot de ledamöter av kommunstyrelsen som medverkat till kommunens oriktiga handlande finns det inga möjligheter härtill. Det är sålunda inte möjligt att ingripa med åtal för tjänstefel eftersom beslutsfattandet i de aktuella frågorna inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening." Se även Michael Slavicek, Upphandlingens olika ansikten, Europarättslig tidskrift nr 1 2002, sid. 15 ff.

<sup>44</sup> Frågan i målet var om begreppet myndighetsutövning som förekommer i bl.a. regeringsformen, brottsbalken, skadeståndslagen och förvaltningslagen också täcker sådana åtgärder från Socialstyrelsen som begränsar sig till kritiska uttalanden.

<sup>45</sup> Prop. 1973:90 sid. 397.

<sup>46</sup> Regeringsrättens dom den 17 mars 2005, mål nr 3429-01.

<sup>47</sup> I prop. 1972:5 sid. 312 finns ett allmänt uttalande om att myndighetsutövning rör sig om "beslut eller åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter eller, för att använda ett mer ålderdomligt uttryck, den statliga överhögheten över medborgarna i deras

Charlotte Brunlid

Som ovan nämnts har Jan Hellners Skadeståndsrätt ändrats i sjätte upplagan på så sätt, att konstaterandet att analogi bör göras med möjligheten till skadestånd vid ren förmögenhetsskada som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning, har tagits bort.<sup>48</sup>

### **NOU:s slutsatser**

NOU anser att det vore av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen avgjorde ytterligare mål om skadestånd vid offentlig upphandling. Det är väsentligt att rättsmedlen är konsekventa och ger ledning för såväl upphandlande enheter som leverantörer om vilka villkor som gäller för skadestånd. En indikation om nödvändigheten av ytterligare praxis är att lagrådet i sin kommentar rörande LOU 7 kap. 6 och 7 §§ i prop. 1992/93:88 uppgav att hur bestämmelserna i de två paragraferna närmare hänger samman och hur de i sina detaljer skall tolkas får anses ”osäkert och överlämnat till rättstillämpningen att avgöra”.<sup>49</sup>

NOU anser att förhållandet mellan NJA 1998 sid. 873 och NJA 2000 sid. 712 behöver klargöras. Det vore vidare av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen förtydligar vilken bevisbörda som skall åläggas en klagande leverantör. Det vore av vikt att vad som avses med ”överträdelsens karaktär” i NJA 2000 sid. 712 tydliggörs. NOU har svårt att bedöma effekterna av formuleringen.

Värt att notera är att Högsta domstolen i NJA 2000 sid. 712 hänvisade till Jan Hellners skrivning i Skadeståndsrätt, femte upplagan. Hellner har dock justerat sin formulering genom en artikel i Juridisk Tidskrift och en ny upplaga av Skadeståndsrätt. Hellner gjorde då inte längre jämförelsen avseende skadestånd till följd av fel vid upphandling med skadestånd vid ren förmögenhetsskada som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning.

NOU menar att reglerna om skadestånd vid offentlig upphandling bör läsas i det sammanhang som de tillkommit, dvs. mot bakgrund av EG-rätten. Syftet med reglerna är att framtvunga efterlevnad av EG-rätten genom att verka preventivt mot regelöverträdelser och därmed främja den fria rörligheten inom EU. EG-domstolen får anses ha en fast rättspraxis som innebär att

---

egenskap av samhällsmedlemmar”. Jan Hellner och Svante Johansson för ett resonemang av effekterna av skrivningen i förarbetet och uppger att maktutövning idag endast utgör en del av myndighetsutövningen, se Skadeståndsrätt, 6 uppl., 2000, sid. 452-453.

<sup>48</sup> Se ovan under rubrik ”Rättsläget” – ”Uppfattningar inom doktrinen”.

<sup>49</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 141.

Charlotte Brunlid

reglerna i direktiven är tillämpliga även vid upphandling i vilken enbart nationella anbudsgivare har deltagit.<sup>50</sup>

Målet i nu aktuellt ärende skiljer sig från de tidigare avgörandena genom att den upphandlande enheten vid utvärderingen, enligt tingsrätten och hovrätten, avvek från vad som angavs i förfrågningsunderlaget. I NJA 1998 sid. 873 var kraven i förfrågningsunderlaget vaga och i NJA 2000 sid. 712 fanns det inte något förfrågningsunderlag alls.

NOU uppgav i sitt remissvar rörande delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) att myndigheten delar kommitténs uppfattning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU.

Skadeståndet innefattar en preventiv funktion, men även en reparativ funktion. Reparationen kan sägas vara en effekt av den preventiva funktionen. De båda funktionerna skall beaktas var för sig.

Det förekommer dock olika uppfattning om huruvida hänsyn kan tas till överträdelsens art vid bedömning av skadeståndets storlek. Vissa anser att lägre skadestånd skall utgå med hänsyn till felets karaktär. En motsatt uppfattning är att skadeståndet inte bör jämkas med hänsyn till felets art eftersom den negativa effekten för leverantören kan bli lika stor vid ett ”enkelt fel” i upphandlingen som ett allvarligt fel.<sup>51</sup> Det finns stora risker i att gradera felaktigheter i upphandlingar. Enligt detta synsätt skulle möjligen skadeståndet kunna jämkas till följd av att felet berodde på något som stod utanför den upphandlande enhetens kontroll.

---

<sup>50</sup> Se t.ex. dom i mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien [REG 1996, I02043], p. 33. Enligt domen är det fortfarande möjligt att även företag som är etablerade i andra medlemsstater kan bli direkt eller indirekt berörda av en offentlig upphandling. Det offentliga upphandlingsförfarande som föreskrivs i direktivet måste således iakttas oavsett anbudsgivarnas nationalitet eller hemvist. Detta konstaterande gäller inte bara tillämpningen av de villkor som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling utan även i sådana fall som det här aktuella där gemenskapens grundläggande allmänna regler skall tillämpas.

<sup>51</sup> Se ovan rörande SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén, sid. 321-322. Den jämningsmöjlighet som Upphandlingskommittén föreslog avsåg att förhindra att rädsla att drabbas av höga skadestånd skulle få en hämmande inverkan på upphandlingsverksamheten och få en kontraproduktiv effekt. Förslaget innebar att ersättning för utebliven vinst skulle komma att jämkas så att skadeståndet ”omfattar ett med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp. NOU hade enligt remissvar att myndigheten inget att erinra mot en sådan jämningsmöjlighet, dnr. 1999/0266-22 sid. 25.

Charlotte Brunlid

En åsikt som har framförts är vidare att jämkning bör kunna ske med hänsyn till storleken på det skadestånd som skall utdömas för att undvika överkompensation. Ett exempel på fall då sådan jämkning skulle kunna komma till stånd är vid ett mycket stort och långvarigt avtal, t.ex. ett entreprenadavtal om tio år. Med hänsyn till att det då kan bli frågan om ett avsevärt belopp för den upphandlande enheten samt att leverantören torde kunna finna ett nytt kontrakt inom en rimlig tid bör skadeståndet kunna jämkas.<sup>52</sup>

NOU anser inte att en parallell kan göras i innevarande mål till Regeringsrättens dom i RÅ 2002 ref. 50, på det sätt som Göteborgs Stad hävdar. I RÅ 2002 ref. 50 behandlades förfrågningsunderlagets utformning och val av utvärderingsmetod. I nu aktuellt mål behandlas hur de angivna utvärderingskriterierna tillämpats i praktiken.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 12 april 2005, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Charlotte Brunlid. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

### **Bilaga**

Bakgrund i målet och Sammanfattning av Göteborgs Stads överklagande

---

<sup>52</sup> Ett sådant resonemang torde kunna härledas ur EG-domstolens stadgande i ovan nämnda mål C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame III, p. 84 där domstolen uppger att den nationella domstolen, för att fastställa den skada som kan ersättas, skall undersöka om den skadelidande visat rimlig aktsamhet för att förhindra skada.