

Högsta domstolen
Box 2066
103 12 STOCKHOLM

Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1653-06

Högsta domstolen har förordnat att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall yttra sig i frågan angående prövningstillstånd med särskilt beaktande dels av att det i målet aktuella avtalet varit ett s.k. ramavtal, dels av att prövningstillstånd beträffande skadestånd vid offentlig upphandling efter hörande av NOU meddelats i annat mål (T 2883-04, NOU: s dnr 2004/0261-22).

NOU berör nedan endast kortfattat den överträdelse mot lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) som konstaterats i domarna från tingsrätten¹ och hovrätten². Yttrandet behandlar främst de frågor som specifikt riktats till NOU.

NOU har inte tagit del av förfrågningsunderlaget, avtalet eller andra handlingar i den aktuella upphandlingen. NOU: s yttrande grundar sig på de uppgifter som finns i de ovan nämnda domarna från tingsrätten och hovrätten.

Sammanfattning av NOU: s bedömning

NOU anser att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd och avgör ytterligare ett mål om skadestånd enligt LOU. Endast några få prejudicerande skadeståndsdomar har hittills meddelats³. NOU anser därför att ytterligare vägledning i hur andra liknande fall skall bedömas är av stort intresse. Behov av prövningstillstånd föreligger, särskilt eftersom Högsta domstolen inte i något fall har prövat ett skadeståndsmål enligt LOU som har avsett en upphandling av ett ramavtal.

¹ Dom meddelad den 26 maj 2004 av Norrköpings tingsrätt, mål nr T 261-02.

² Dom meddelad den 14 mars 2006 av Göta hovrätt, mål nr T 1704-04.

³ Med relevans för detta mål främst NJA 1998 s 873 och NJA 2000 s 712.

Några av de oklarheter som finns beträffande skadestånd enligt LOU, kommer sannolikt att undanröjas när Högsta domstolen meddelar dom i mål T 2883-04. Förhållandena i det nu aktuella målet skiljer sig emellertid från övriga mål. Behovet av ytterligare klarläggande kommer därför att kvarstå även efter Högsta domstolens dom i nyssnämnda mål T 2883-04.

Inledning

NOU vill inledningsvis betona den samhällsekonomiska betydelsen av den offentliga upphandlingen i Sverige. Totalt har de upphandlingar som inkluderas i den svenska upphandlingsstatistiken år 2005 omslutit drygt 146 miljarder kronor, vilket är en ökning med cirka 20 miljarder jämfört med år 2004⁴. Upphandlingskommittén uppskattade den offentliga upphandlingen till drygt 23 % av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster (bruttonationalprodukten)⁵.

De nuvarande bestämmelserna om offentlig upphandling återfinns i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som trädde ikraft den 1 januari 1994. LOU bygger på EG: s procedurdirektiv för offentlig upphandling⁶ och två rättsmedelsdirektiv⁷. Rättsmedelsdirektiven innehåller främst bestämmelser om leverantörers möjlighet att ansöka om överprövning och att yrka skadestånd och skall garantera att medlemsstaternas upphandlande enheter följer upphandlingsbestämmelserna. En upphandling bygger på förtroende mellan den upphandlande enheten och anbudsgivare, vilket förutsätter att en leverantör som upplever sig vara förfördelad har en möjlighet att påtala detta för domstol. Om en leverantör upplever att han har blivit felaktigt behandlad i en upphandling är det viktigt att det finns fungerande rättsmedel till buds, som i första hand kan, om fel konstateras av förvaltningsdomstol i tid, resultera i att upphandlingen får rättas till eller göras om. Efter det att en upphandling har avslutats återstår en möjlighet att yrka skadestånd. Procedurdirektiven är tämligen detaljerade till sin utformning till skillnad från rättsmedelsdirektiven som mer anger en ribba bestående av miniminivåer avseende krav på förfarandena överprövning och skadestånd. Intentionerna i rättsmedelsdirektiven införlivas i 7 kap. LOU. De krav som finns på minimiregleringen fylls sedan ut av respektive medlemsstats nationella rätt avseende t.ex. skadeståndsrätt och processrätt.

Upphandlingen i målet

Målet avser en förenklad upphandling av tolktjänster genomförd av Migrationsverket under år 2001. Ett upphandlingsförfarande påbörjades under

⁴ NOU: s nyhetsbrev NOU info december -06 sid. 16.

⁵ Effektivare offentlig upphandling, för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt, SOU 1999:139 sid. 13.

⁶ Direktiv 93/36/EEG, 93/37/EEG, 92/50/EEG och 93/38/EEG.

⁷ Direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG.

första halvåret 2001 och Migrationsverket antog efter utvärdering anbuderna från TCV (den klagande) och ytterligare två leverantörer. Innan avtal undertecknades ansökte tre av leverantörerna om överprövning. Sedan Migrationsverket meddelat att verket avsåg att göra om utvärderingen återkallade de sin talan och länsrätten avskrev målet.

Migrationsverket valde dock att inte bara göra om utvärderingen utan att påbörja en ny upphandling genom att upprätta ett nytt förfrågningsunderlag i augusti år 2001.

Utvärderingsgrunden i den senare upphandlingen angavs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt följande. Enligt tingsrättens dom⁸ uppgavs i förfrågningsunderlaget att Migrationsverket avsåg att vikta de olika kriterierna enligt följande:

- pris 40 %,
- antal auktoriserade tolkar som är knutna till anbudsgivaren och bor inom en radie av 50 km från Göteborgs centrum 24 %,
- antal övriga tolkar som är knutna till anbudsgivaren och bor inom en radie av 50 km från Göteborgs centrum 20 %,
- antal auktoriserade tolkar som är knutna till anbudsgivaren i övriga Sverige 6 %,
- antal övriga tolkar som är knutna till anbudsgivaren i övriga Sverige 5 % och
- antal tolkar som är knutna till anbudsgivaren i Borås, boende 30 km från centrum 5 %.

Migrationsverket har enligt tingsrättens dom i förfrågningsunderlaget uppgivit att verket avsåg att teckna avtal med en eller flera tolkförmedlingar⁹.

Det framkommer av tingsrättens dom att den klagande leverantören med dessa kriterier nådde upp till 219 poäng. De två anbudsgivare som Migrationsverket tecknade avtal med erhöll 293 poäng vardera.

Hovrätten anför att Migrationsverket vid sin bedömning av anbuderna har gynnat den anbudsgivare som har kunnat redovisa störst antal tolkar i olika avseenden. Hovrätten anför vidare att ”det framgår i och för sig att Migrationsverket avsåg att gynna den eller de största anbudsgivarna men någon redovisning av sakskalet till detta finns inte i förfrågningsunderlaget. Migrationsverket har, genom att gynna störst leverantör brutit mot de grundläggande kraven i 1 kap. 4 § LOU på konkurrens och affärsmässighet.”¹⁰

Hovrätten uppger vidare att ”Som tingsrätten har konstaterat kvarstår då som tillåten grund för utvärdering av anbuderna endast priset. Den klagande leverantören hade vid den andra upphandlingen det näst lägsta priset och

⁸ Sid. 2.

⁹ Se tingsrättens dom sid. 20 andra stycket.

¹⁰ Se hovrättens dom sid. 11 första stycket.

borde därför tillsammans med en eller flera andra anbudsgivare ha erhållit kontrakt med Migrationsverket.”¹¹

Hovrätten uppger vidare, m.a.a. att Migrationsverket gjort gällande att den klagande leverantören saknar rätt till skadestånd eftersom företaget inte har ansökt om överprövning, att det i svensk rätt inte finns någon bestämmelse enligt vilken en anbudsgivare går förlustig sin rätt att yrka skadestånd vid allmän domstol, om anbudsgivaren inte har ansökt om överprövning i allmän förvaltningsdomstol. Enligt hovrättens mening finns det inte heller utrymme att dra så långtgående slutsatser av EG-domstolens avgörande i Grossman-målet och andra EG-rättsliga avgöranden att en rätt till skadestånd blir prekluderad på den av Migrationsverket angivna grunden.

NOU hänvisar till tidigare yttrande till Högsta domstolen beträffande rättsläget för skadestånd vid offentlig upphandling

NOU hänvisar till den genomgång som gjordes i nämndens yttrande till Högsta domstolen i målet T 2883-04 (NOU: s dnr 2004/0261-22¹²). I yttrandet lämnas en utförlig genomgång av rättsläget beträffande rättsmedlet skadestånd vid offentlig upphandling, närmare bestämt bedömningen inom EG-rätten, regleringen i LOU, svensk rättspraxis, uppfattningar inom doktrinen, beviskrav vid skadeståndstalan rörande offentlig upphandling och frågan om skadestånd som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning.

NOU uppgav i yttrandet 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.

NOU uppgav vidare 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.

NOU hänvisade vidare i yttrandet till den kartläggning som NOU genomförde 1999 av hur skadestandsreglerna i EG: s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU: s medlemsstater¹³.

¹¹ Se hovrättens dom sid. 11 andra stycket.

¹² www.nou.se

¹³ NOU: s dnr 1999/0053-28.

Nu aktuellt mål i förhållande till LOU: s skadeståndsbestämmelse

Bestämmelsen i 7 kap. 6 § LOU föreskriver att en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Det skall m.a.o. för det första föreligga en överträdelse av LOU: s bestämmelser, för det andra skall leverantören ha lidit skada och för det tredje skall s.k. adekvat kausalitet föreligga mellan överträdelsen och den skada som leverantören åsamkats. Detta innebär att om det saknas ett adekvat orsakssamband mellan överträdelsen av LOU och den skada som skadestånd yrkas för, så skall skadestånd ej utdömas.

Beträffande den första förutsättningen ovan konstaterar NOU att både tingsrätten och hovrätten har i sina domar konstaterat att Migrationsverket brutit mot LOU. Hovrätten anför att Migrationsverket genom att gynna den största leverantören brutit mot de grundläggande kraven i 1 kap. 4 § LOU om konkurrens och affärsmässighet.

Beträffande den andra förutsättningen uppger hovrätten 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 som motsvarar de kostnader som han kan ha haft. Den skada som uppkommit för leverantören är att företaget inte tilldelats kontraktet ifråga.

Beträffande den tredje förutsättningen, adekvat kausalitet, uppger hovrätten följande. ”Som tingsrätten har konstaterat kvarstår då som tillåten grund för utvärdering av anbudet endast priset. TCV hade vid den andra upphandlingen det näst lägsta priset och borde därför tillsammans med en eller flera andra anbudsgivare ha erhållit kontraktet med Migrationsverket.”

NOU instämmer i domstolarnas resonemang ovan att om en överträdelse av LOU har skett, skall skada anses föreligga, om leverantören kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen. En bedömning behöver göras av innebörden av passusen i förfrågningsunderlaget att Migrationsverket skulle teckna avtal med ”en eller flera anbudsgivare”. Om Migrationsverket avsåg att teckna avtal endast med en leverantör skulle TCV inte bli aktuell, eftersom företaget i utvärderingen kom på andra plats med det näst lägsta priset.

Om det går att utläsa av förfrågningsunderlaget vilka parametrar som skall vara avgörande för Migrationsverket i beslutet huruvida avtal skall tecknas med en eller flera anbudsgivare, påverkar detta bedömningen av om rätt till skadestånd föreligger eller inte. Finns förutsättningar för att avtal skall tecknas med åtminstone två leverantörer kan NOU konstatera att TCV borde vara en av dem, eftersom TCV vid utvärderingen bedömdes ha näst lägsta pris. I detta fall synes därmed rätt till skadestånd föreligga. Förelåg däremot förutsättningar att teckna avtal endast med en leverantör kan skaderekvisitet

knappast anses vara uppfyllt för den klagandes del, eftersom TCV bedömdes ha endast näst lägst pris.

Skadeståndets storlek vid rätt till skadestånd

Skadeståndets funktion allmänt och specifikt vid offentlig upphandling

Det betonas att rättsmedlen på upphandlingsområdet skall vara snabba och effektiva¹⁴. Anledningen härtill är önskemål om att en överträdelse skall, i den mån det är möjligt, kunna korrigeras. Det är att föredra att en överträdelse om så är möjligt rättas på det sättet att den anbudsgivare vars anbud bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga blir avtalspart, framför att en förfördelad part tillerkänns skadestånd.

När en upphandling inte längre kan rättas till eller göras om, fyller däremot möjligheten till skadestånd en viktig funktion. Rättsmedlen vid offentlig upphandling – överprövning och skadestånd – fungerar således inte parallellt, utan när överprövning inte längre är möjlig, återstår för en förfördelad leverantör att yrka skadestånd. I en skadeståndsprocess finns inte samma krav på skyndsamhet, eftersom upphandlingskontraktet redan är tecknat och det inte finns någon möjlighet att ändra avtalspart även om det konstateras att upphandlingen genomförts i strid med LOU.

Skadeståndets funktion vid offentlig upphandling är i huvudsak preventivt genom att utöva ett tryck på upphandlande enheter att följa LOU:s bestämmelser.

Med skadeståndets funktion avses främst de verkningar av skadeståndsreglernas upprätthållande som ger en förklaring till att reglerna anses nyttiga och lämpliga. Funktionen att reparera eller ersätta en inträffad förlust lyfts ofta fram som det främsta syftet med gällande svenska skadeståndsregler. På upphandlingsområdet har emellertid den preventiva funktionen även stor betydelse för att avhålla upphandlande enheter från att begå överträdelser av upphandlingsbestämmelserna. Ett uttalande huruvida och i så fall på vilket sätt den preventiva funktionen påverkar en beräkning av ersättningen enligt LOU vore av stort intresse.

NOU hänvisade i sitt tidigare yttrande till att det främsta syftet med rättsmedlen inom offentlig upphandling är att förebygga regelöverträdelser, d.v.s. beträffande skadeståndet att det då skall ha en preventiv funktion.

Ramavtal vid offentlig upphandling visavi skadestånd

I LOU finns inga specifika bestämmelser om ramavtal för den klassiska sektorn, till vilken bland annat Migrationsverket hör, annat än den definition som ges i 1 kap. 5 § LOU. För upphandling inom försörjningssektorerna finns, förutom nämnda definition, bestämmelsen i 4 kap. 16 § 9 punkten LOU, som ger upphandlande enheter rätt att vid en öppen, selektiv eller förhandlad

¹⁴ Ingressen till direktiv 89/665/EEG och ingressen till direktiv 92/13/EEG.

upphandling avstå från annonsering vid ett avrop från gällande ramavtal, under förutsättning att detta upphandlats enligt LOU: s bestämmelser.

Användningen av ramavtal, bland annat i syfte att kostnadseffektivisera myndigheternas inköpsverksamhet, har varit utbredd inom statlig upphandling i Sverige, såväl före LOU: s ikraftträdande den 1 januari 1994 som efter detta datum. Systemet med ramavtal har varit till stor nytta både för upphandlande enheter och för leverantörer. Ramavtal kan tecknas t.ex. för alla kommuner inom ett län, för samtliga statliga myndigheter under regeringen eller för en enskild upphandlande enhet.

Systemet med ramavtal har på det statliga området omgivits av viss central reglering. Regeringen har utfärdat förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning och samtidigt gett Statlig inköpssamordning i uppdrag att samordna verksamheten. Kammarkollegiet som ansvarade för verksamheten initialt lämnade efter fem år över detta ansvar till Statskontoret där funktionen fanns fram till 2006, då Ekonomistyrningsverket tog över huvudmannskapet som ett led i en effektivisering av regeringens stabsmyndigheter och en renodling av Statskontorets uppgifter. Användningen av ramavtal inom den klassiska sektorn får därför anses ha stöd av statsmakterna, trots frånvaron av reglering i LOU. Den totala omsättningen för de ramavtal som ingår i den statliga inköpssamordningens uppgick för år 2005 till 6,95 miljarder kronor¹⁵.

Ramavtal skall enligt definitionen i LOU vara tidsbegränsade och kan tecknas med en eller flera leverantörer. Tecknas avtal med flera leverantörer avseende samma typ av vara eller tjänst (parallella avtal) bör dessa enligt NOU sinsemellan vara rangordnade, så att den som skall göra ett avrop vet vilken leverantör som ska utnyttjas i första hand. NOU har tidigare i olika sammanhang¹⁶ betonat att det vid parallella ramavtal måste finnas en på förhand fastställd fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop. Detta resonemang vinner också stöd av reglerna om ramavtal i det antagna men ännu inte införlivade direktivet 2004/18/EG (se nedan). Det är dock inte ovanligt att ramavtal ingås utan någon fördelningsnyckel. Ramavtalsansvarig myndighet för nu gällande avtal om tolkförmedlingstjänster är Rikspolisstyrelsen. Det framkommer att leverantörerna i nu gällande avtal är rangordnade per län.

Uppgiften om att nu aktuellt avtal avsåg en upphandling av tolktjänster för Migrationsverkets region väst avseende år 2002 och 2003, måste rimligen uppfattas så att avtalet endast var avsett för denna region och inte tecknat även för andra myndigheter. NOU saknar uppgift om i vad mån det fanns någon slags prioriteringsordning mellan de valda leverantörerna.

¹⁵ www.avropa.nu

¹⁶ Se bland annat NOU: s yttrandet till Riksdagens konstitutionsutskott beträffande Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB, dnr 2004/0046-29.

Införlivningstiden för de nya upphandlingsdirektiven löpte ut den 1 februari 2006. Nya regler om bland annat ramavtal vid upphandling av A-tjänster finns nu föreslagna¹⁷. Regeringen har överlämnat en remiss till Lagrådet med förslag till ny lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska sektorn) som bygger på direktiv 2004/18/EG samt ny lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningssektorerna) som bygger på direktiv 2004/17/EG. När nya regler träder ikraft är ovisst.

Sveriges förpliktelser i enlighet med EG-direktiven gäller sådana upphandlingar vars värde överstiger särskilt angivna tröskelvärden. Vid upphandling av tjänster görs även en uppdelning i A-tjänster och B-tjänster. A-tjänster omfattas över tröskelvärdena av direktivens bestämmelser men i huvudsak inte B-tjänster. Upphandling av B-tjänster regleras i 6 kap. LOU oavsett värde. De EG-rättsliga principerna gäller dock även under tröskelvärdena och för B-tjänster¹⁸. Såväl tolktjänster som tolkförmedlingstjänster är B-tjänster och skall därmed upphandlas enligt 6 kap. LOU, oavsett tjänsternas värde.

Avtalstypen ramavtal har betydelse vid bedömning av skadestånd enligt LOU dels för bedömningen av om leverantören ansetts lida skada på grund av en överträdelse, och dels vid beräkningen av skadeståndets storlek i de fall rätt till ersättning har konstaterats. Om en leverantör yrkar skadestånd beträffande en upphandling som har resulterat i ett ramavtal utan fördelningsnyckel, måste denne förevisa domstolen utredning om hur leverantören har lidit skada. Det förekommer nämligen att en leverantör, trots att han tecknat ett sådant ramavtal, inte får leverera något och således inte självklart behöver ha lidit någon skada.

Särskilda svårigheter kan uppkomma beträffande beräkningen av omfattningen av den skada en leverantör anses ha lidit vid en upphandling som genomförts i strid med LOU inför tecknande av ett ramavtal. NOU kan konstatera att det blir svårt att fastställa hur mycket beloppet för förlorad handelsvinst skall uppgå till, när den beräknade volymen är ovisst på grund av att det finns ett flertal leverantörer som kan vara aktuella. I andra fall kan det också vara så att köptroheten varierar för ett ramavtal som inte är tvingande att utnyttja hos den upphandlande enheten.

Svea hovrätt¹⁹ har tagit ställning till bland annat frågan om fördelning av skadeståndsskyldighet mellan flera upphandlande enheter som deltagit i en samordnad upphandling, samt frågan om hur skadeståndet skulle beräknas. Hovrätten uppgav beträffande omfattningen av skadan att "...någon annan möjlighet än en skälighetsuppskattning med stöd av 35 kap. 5 §

¹⁷ Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004, Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22).

¹⁸ NOU: s yttrande 2006/0114-29, (www.nou.se).

¹⁹ Mål nr T 5708-02.

rättegångsbalken inte är möjlig.” Domen överklagades till HD²⁰ som har beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Kommande förändring av bestämmelserna för rättsmedel

Europeiska kommissionen har påbörjat en översyn av bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven²¹ och ett förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv har lämnats. Förslaget är ganska begränsat och kan i nuvarande utformning endast förväntas leda till mindre ändringar för svenskt vidkommande. Huvudvikten har lagts vid införande av en period mellan tilldelningsbeslutet och avtalstecknandet. Dessa ändringar, som bygger på EG-domstolens dom i Alcatel-målet²² är sedan den 1 juli 2002 införda i svensk lagstiftning.

NOU: s bedömning

NOU anser att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd och avgör ytterligare ett mål om skadestånd enligt LOU. Endast några få prejudicerande skadeståndsdomar har hittills meddelats²³. NOU anser därför att ytterligare vägledning i hur andra liknande fall skall bedömas är av stort intresse. Hur bestämmelserna hänger samman och hur de i sina detaljer skall tolkas är fortfarande osäkert²⁴. Behov av prövningstillstånd föreligger, särskilt eftersom Högsta domstolen inte i något fall har prövat ett skadeståndsmål enligt LOU som har avsett en upphandling av ett ramavtal.

Några av de oklarheter som finns beträffande skadestånd enligt LOU, kommer sannolikt att undanröjas när Högsta domstolen meddelar dom i mål T 2883-04. Förhållandena i det nu aktuella målet skiljer sig emellertid från övriga mål. Behovet av ytterligare klarläggande kommer därför att kvarstå även efter Högsta domstolens dom i nyssnämnda mål T 2883-04.

Särskilt följande frågor behöver belysas:

1. Avtalstypen ramavtals betydelse dels för bedömningen av om leverantören ansetts lida skada på grund av överträdelsen eller inte, och dels vid beräkningen av skadeståndets storlek i de fall rätt till ersättning har konstaterats. Ett uttalande om hur det positiva kontraktsintresset skall beräknas vid en upphandling av ett ramavtal med obestämd volym skulle kunna skapa vägledning.

²⁰ Mål nr T 2179-04.

²¹ 89/665/EEG och 92/13/EEG.

²² Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Dom meddelad den 28 oktober 1999.

²³ Med relevans för detta mål främst NJA 1998 s 873 och NJA 2000 s 712.

²⁴ Jämför Lagrådets yttrande rörande 7 kap. 6 och 7 §§ LOU i prop. 1992/93:88 sid. 141.

2. Klarläggande av huruvida och i så fall på vilket sätt skadeståndets preventiva funktion och primära syfte på upphandlingsområdet påverkar beräkningen av skadeståndet enligt LOU.

NOU instämmer i hovrättens uppfattning att det inte finns utrymme att dra så långtgående slutsatser av EG-domstolens avgörande i Grossman-målet och andra EG-rättsliga avgöranden att en rätt till skadestånd blir prekluderad på den av Migrationsverket angivna grunden. Den skyldighet som allmänt gäller inom skadeståndsrätten, att om möjligt och med rimliga insatser begränsa skador som uppkommit, kan aktualiseras på upphandlingsområdet genom frågan om den klagande leverantören har försökt komma tillrätta med en överträdelse av LOU: s bestämmelser. Det kan övervägas om det förhållandet att en ansökan om överprövning inte har gjorts beträffande en upphandling som genomförts i strid med LOU: s bestämmelser, kan komma att påverka ersättningen storlek i en skadeståndsprövningsprocess.

Av tingsrättens dom framkommer att TCV ansökte om överprövning av den nu aktuella upphandlingen men att ansökan gjordes så sent att den inte kunde prövas i sak. NOU konstaterar att den nu aktuella upphandlingen genomfördes före den lagändring som tydliggjorde skyldigheten för upphandlande enheter att informera om tilldelningsbeslutet. I domen från hovrätten uppges vidare att den klagande försökt minimera skadan genom kompensationsuppdrag.

NOU: s kommentar med anledning av uttalanden i hovrättens dom

NOU har inte granskat den aktuella upphandlingen men har ändå gjort vissa iakttagelser som föranleder följande uttalande.

NOU delar inte helt den skrivning som hovrätten gör beträffande de olika faserna i en upphandling, kvalificeringsfasen och anbudsprövningen. Hovrätten anför²⁵ ”Såsom tidigare har angetts är 1 kap. 20 § LOU (skall rätteligen vara 1 kap. 20 a § LOU, NOU: s kommentar) enligt sin ordalydelse inte tillämplig på en upphandling enligt 6 kap. LOU. Hovrätten finner därför att det, oavsett vad tolkutredningen har uttalat, inte går att uppställa krav på att en åtskillnad görs mellan kvalificeringen av leverantörerna och anbudsprövningen vid den upphandling av tolktjänster som Migrationsverket har gjort.” Här menar dock NOU att det finns anledning att göra en sådan åtskillnad eftersom det är olika syften som styr vilka krav som ställs i dessa faser. NOU hänvisar här till beskrivningen i NOU: s yttrande²⁶ till Kammarrätten i Stockholm i målet 1903-05.

²⁵ Sid. 10.

²⁶ Dnr 2005/0088-29, (www.nou.se)

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 26 januari 2007 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin