

Michael Slavicek
Telefon 08-454 48 51 eller 031-10 50 75

Datum	Vår beteckning
1999-03-31	53/99-28
Ert datum	Er beteckning

Kommittén för översyn av NOU m.m.
Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater

NOU:s kansli överlämnar till Kommittén för översyn av NOU m.m. rubricerad kartläggning. NOU:s slutsats är att de grundläggande rättsmedlen, inklusive rätten till skadestånd, nu i princip är införlivade i alla medlemsstaters rättsordningar. Rättsmedlens effektivitet i de olika staterna kan dock variera. Medlemsländerna har valt att balansera de interimistiska åtgärderna och möjligheterna till skadestånd på olika sätt. Enligt de internationella jämförelser som NOU gjort synes ersättningen för det positiva kontraktsintresset i teorin kunna utgå i alla medlemsstater. Möjlighet att i praktiken erhålla full ersättning kan dock i vissa stater vara begränsad till följd av andra mekanismer. Även i Österrike, som var det enda land som ursprungligen uttryckligen inte skulle utge ersättning för förlorad inkomst, har lagen numera ändrats. Antalet rättsfall som lett till skadestånd var år 1997 så litet att uttalanden om skadeståndets omfattning m.m. är förenade med viss osäkerhet.

Endast ett fåtal länder har infört alternativa rättsmedel vid sidan om rättelse och upphävande av avtalet. Även i dessa fall är det för tidigt att kunna dra någon slutsats om dessa alternativa rättsmedels effektivitet.

Övriga upplysningar framgår av bifogad rapport.

Beslut om utformningen av denna skrivelse och den bifogade rapporten har fattats av kammarrättsassessorn Michael Slavicek i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Rapport om kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU: medlemsstater

1. Inledning.....	3
2. Bakgrundsfaktorer att beakta.....	3
3. EG:s rättsmedelsdirektiv	5
3.1. Syftet.....	5
3.2. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser.....	6
4. Införlivning i medlemsstaterna.....	6
4.1. Metoder för införlivning i medlemsstaterna.....	6
4.2. Domstolar och myndigheter	7
5. Andra rättsmedel än skadestånd	8
5.1. Samspelet mellan förvaltningsåtgärder och skadestånd	8
5.2. Alternativa rättsmedel, såsom böter, avgifter, gottgörelse	8
6. Skadestånd.....	10
6.1. Talerätt.....	10
6.2. Skadestånd.....	11
6.2.1. Reparativ eller preventiv verkan	11
6.2.2. Olika sedvanor vid offentlig upphandling	11
6.3. Begränsningar i rätten att begära skadestånd	12
6.3.1. Tid inom vilken skadeståndstalan skall väckas	13
6.4. Förutsättningarna för att kunna erhålla skadestånd	13
6.4.1. Gemensamma drag	13
6.4.2. Grund för skadeståndsskyldigheten.....	14
6.4.3. Hur långt skall ersättningen sträcka sig.....	14
6.5. Behov att visa att klaganden haft möjlighet att erhålla upphandlingskontraktet	15
6.6. Beräkning av skadeståndets storlek.....	17
6.6.1. Det positiva och det negativa kontraktsintresset	17
6.6.2. Beräkning av skadestånd	19
6.7. Rättegångskostnader.....	21
7. Möjlighet att driva skadeståndstalan mot en medlemsstat	21
8. EG-kommissionens möjlighet att påtala felaktigheter i enskilda upphandlingar	22
9. Antalet domstolsprövningar i medlemsstaterna	23
Källor:.....	24
Litteratur	24
Rättsfall	24
Svenska allmänna domstolar (domar av intresse)	24
Förkortningar.....	25

1. Inledning

Kansliet vid Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 23 februari 1999 från Kommittén för översyn av NOU m.m. fått i uppdrag att kartlägga hur EG:s upphandlingsdirektivs skadeståndsregler har införlivats i övriga medlemsländer. Av uppdraget framgår vidare att NOU skall utreda om övriga medlemsländer har andra skadeståndslänkande lösningar t.ex. i form av ”marknadsskadeavgifter” såsom Finlands lagreglering av ”gottgörelse”. Arbetet skulle enligt uppdraget i huvudsak bedrivas med utgångspunkt i EG-kommissionens ”Study on the remedies applied in the Members States in the field of Public Procurements” (CC/97/12-EN).

I den följande beskrivningen används begreppet rättsmedelsdirektiv som en sammanfattande benämning av Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 (rättsmedelsdirektiv II). Rättsmedelsdirektiv I gäller upphandlingar som täcks av direktiv för upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster inom den klassiska sektorn. Rättsmedelsdirektiv II gäller för upphandling inom försörjningssektorerna.

Den fortsatta beskrivningen omfattar således i huvudsak de utländska regler som motsvarar 7 kap. 6 och 7 §§ i den svenska LOU.

6 § En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

7 § Anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. 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.

Vidare beskrivs vissa skadeståndslänkande lösningar som formellt utgör alternativ till andra rättsmedel än skadestånd. Då alla rättsmedel samverkar med varandra berörs översiktligt även andra rättsmedel enligt rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG.

2. Bakgrundsfaktorer att beakta

Den huvudsakliga källan, ”Study on the remedies applied in the Members States in the field of Public Procurements” (CC/97/12-EN) bygger på studier gjorda år 1997 och tidigare. NOU har därför i möjligaste mån sökt uppdatera kunskap om senare förändringar i de nationella rättsordningarna till följd av lagändringar och rättspraxis genom uppgifter inhämtade från andra källor.¹

Vidare bör påpekas att nedanstående faktorer kan ha påverkat framställningen i källmaterialet och i denna rapport och bör beaktas vid bedömningen av leverantörernas möjlighet att utnyttja sig av rättsmedel:

a) Rättsmedelsdirektivens bestämmelser gäller i merparten av medlemsstater endast upphandlingar som omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv. Upphandlingar

¹ Se källhänvisningar i fotnoter och i slutet.

under tröskelvärdena är dock oftast reglerade i annan ordning och rättsmedel kan bli tillämpliga vid överträdelse av dessa nationella ordningar eller EG-rätten.²

b) Medlemsstaternas uppbyggnad av förvaltningen och domstolsorganisationer kan påverka leverantörernas möjligheter att åberopa rättsmedel.³

c) Det finns skillnader i medlemsstaternas rättsordningar vad gäller sekretess, rättegångskostnaderna m.m., vilka kan påverka leverantörernas processvillighet.⁴

d) Antalet domstolsavgöranden på skadeståndsområdet är litet, främst från de högsta instanserna.⁵

e) Det råder osäkerhet om kraven på bevisstyrka m.m.⁶

f) Kopplingen och balansen mellan interimistiska rättsmedel och skadestånd skiljer sig mellan medlemsstaterna. Sämre möjligheter att erhålla skadestånd kan uppvägas av möjligheterna att få till stånd ett snabbt ingripande innan avtalet sluts⁷ eller andra åtgärder, såsom att kunna begära att det olagligt slutna kontraktet inte skall gälla, få möjlighet till föreläggande att den upphandlande enheten inte får använda sig av det felaktiga upphandlingsförfarandet i framtiden eller få ett uttalande från en oberoende myndighet att den upphandlande enheten har begått ett fel.⁸

g) Möjligheter i vissa medlemsstater att driva saken parallellt i olika instanser varmed risk uppstår att dessa komma till olika ståndpunkter.⁹

h) Antalet skadeståndsmål kan påverkas av landets processuella kultur och leverantörens kännedom om vilka rättigheter han har och vilka rättsmedel han kan använda sig av.¹⁰

² I flera länder, som i Sverige, fanns upphandlingsregelverk redan före den gemenskapliga regleringen. I flera länder fanns möjligheter till överprövning (i Sverige genom kommunalbesvär) men ofta även möjlighet att erhålla skadestånd. Se även i Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, sid. 915 f.

³ I Storbritannien och Irland börjar processen i High Court.

⁴ Skillnaden mellan omfattningen av information som kan bli tillgänglig och tidpunkten för offentliggörande kan väsentligen påverka klagandens möjligheter att reagera i tid (i synnerhet om talan måste väckas inom en viss tid) och hans möjligheter att framgångsrikt driva en skadeståndsprocess.

⁵ Avser förhållandet före 1997, då kommissionens studier har gjorts. Även i Sverige har antalet avgöranden från de allmänna domstolarna vid denna tid varit litet. Någon skadeståndsskyldighet har i Sverige (till skillnad från vissa andra länder) inte funnits före LOU:s ikraftträdande.

⁶ Även användbarheten av andra rättsmedel än skadestånd kan bli begränsad om domstolarna ställer kraven på att styrka sambandet eller skadan för högt. Det diskuteras om det för skadestånd krävs uppsåt eller endast oaktsamhet. Se vidare Hentze och Sylvén, sid. 472 och EG-domstolens dom i fallen C-46/93 *Brasserie de Pecheur* och C-48/93 *Factortame*.

⁷ T.ex. Konkurrensstyrelsens agerande i Danmark eller medling i Finland.

⁸ T.ex. Otillbörlighetslagen eller NOU:s uttalanden i Sverige.

⁹ T.ex. i Sverige där förvaltningsdomstolar och marknadsdomstolen tycks ha en annan uppfattning om avbruten upphandling till förmån för egna regin än vad de allmänna domstolarna har. De flamländska och vallonska kammarna inom Belgiska högsta förvaltningsdomstolen, *Conseil d'Etat*, anges ha olika praxis i frågan huruvida de interimistiska åtgärderna eller skadestånd skall vara det huvudsakliga alternativet.

¹⁰ I kommissionens rapport, i Grönboken om offentlig upphandling och i en artikel av Adrian Brown i PPLR 1998 nämns att många leverantörer saknar kännedom om sina rättigheter samt att det i praktiken kan vara svårt att visa att kontraktets tilldelning har varit diskriminerande eftersom de upphandlande enheterna har goda möjligheter att tillrättalägga sina beslut för att ge dem sken av laglighet. Där nämns även leverantörernas ovilja att "bita den hand som föder en". Jfr. vidare NOU:s utredning om effekterna av LOU som också visar att leverantörernas ovilja att begära rättelse eller skadestånd påverkas av rädslan för försämrade möjligheter vid framtida upphandlingar. NOU:s utredning om LOU:s effekter visar att närmare hälften av leverantörerna

i) Slutligen kan även bestämmelser som sällan tillämpas i praktiken ha moralskapande eller preventiv verkan.¹¹

3. EG:s rättsmedelsdirektiv

3.1. Syftet

EG:s upphandlingsbestämmelser utgör en uttolkning av regler i EG-fördraget och syftar till att skapa en inre marknad eller mera konkret att offentliga upphandlingsområden öppnas för konkurrens mellan medlemsstaternas leverantörer. För att uppnå syftet skall därför bl.a. större kontrakt tilldelas i konkurrens och på objektiva grunder och alla potentiella leverantörer i alla medlemsstater skall ges tillfälle att inge anbud på lika villkor. EG-rätten betonar därför ofta upphandlingdirektivens karaktär av ett regelsystem till skydd för leverantörernas rättigheter.

I Sverige hade det gamla regelverket (UF och UR) som sitt främsta intresse att effektivisera den offentliga upphandlingen och spara skattebetalarnas pengar. Något av detta synsätt finns kvarstår idag och framgår också av doktrinen.¹²

EG:s ursprungliga upphandlingsbestämmelser beaktades ofta dåligt i medlemsstaterna.¹³ Med tiden uppkom därför ett behov av att komplettera upphandlingsreglerna med särskilda rättsmedel.¹⁴ Leverantörernas sätt att reagera är enligt EG-kommissionens åsikt det bästa sättet att försäkra sig om att upphandlande enheter genomför sina upphandlingar i öppen konkurrens.¹⁵

Enligt EG:s rättsmedelsdirektiv skall det därför finnas:

1) Möjligheter till interimistiska åtgärder (överprövning):

avstår från att utnyttja rättsmedel. Detta trots att Sverige (troligen till följd av 6 kap. LOU) noterat ett högt antal domstolsavgöranden.

¹¹ Risker för att bli svarande i en skadeståndsprocess kan vara incitament att eftersträva beslutets laglighet, även om en förfördelad leverantörs möjligheter att vinna processen kan vara begränsade. I sammanhanget kan nämnas även den svenska Otillbörlighetslagen som kan antas ha haft avhållande effekt trots att endast ett enda fall har lett till domstolsprövning. Se härom Konkurrensverkets granskning.

¹² T.ex. Roos och Bjurman skriver i PPLR om upphandlingen i Sverige: "The basic idea behind the directives and the Swedish Act on public procurement is to make contracting authorities' procurements more effective, for the benefit of taxpayers." I NOU:s regleringsbrev anges som en framträdande uppgift att verka för en effektiv offentlig upphandling.

¹³ Introduction to the Law of the European Communities, sid. 764. eller Fernández Martín, sid. 283 f. Möjlighet till överklagande fanns i flera stater men den användes inte så ofta.

¹⁴ Även i Sverige har införandet av rättsmedel i LOU inneburit en avgörande förändring på området. Ett beslut enligt UF kunde inte överklagas (UF 16 §). Beträffande kommunala upphandlingar fanns vissa möjligheter till överklagande genom laglighetsprövning i 10 kap. kommunallagen (1991:900) eller kyrkolagen (1992:300). Denna möjlighet hade endast kommunmedlemmarna och inte leverantörerna utanför kommunen.

¹⁵ Grönboken avsnitt 3.34. Sue Arrowsmith anger i Law of Public and Utilities Procurement, sid. 917 att införlivandet av rättsmedel i den nationella lagstiftningen har varit värdefullt dels för att nya rättsmedel hade tillförts de nationella rättsordningarna, dels för klargörandet och offentliggörandet av leverantörernas rättigheter eftersom många av dessa inte tidigare varit medvetna om sina möjligheter att kunna använda sig av rättsliga förfaranden.

- a) rättelse - upphäva eller säkerställa upphävandet av olagliga beslut
 - b) avbrytande av olaglig upphandling
 - c) andra alternativa rättsmedel i stället för a) eller b) såsom vitesförelägganden, böter.
- 2) möjlighet till skadestånd.

I rättsmedelsdirektivet II regleras även granskning och medling, vilka inte närmare berörs här.

EG-kommissionen nämner inom kategorin interimistiska åtgärder även uttalanden om huruvida ett visst förfarande står i överensstämmelse med bestämmelserna.¹⁶ Utnyttjandet av "bredden i de rättsmedel som ställs till leverantörens förfogande" borde vara det effektivaste sättet att säkerställa de rättigheter, som deltagare i offentlig upphandling har. Leverantörerna skall ha tillgång till all nödvändig information om de rättigheter som rättsmedelsdirektiven ger dem när det gäller upphandling som genomförs i andra medlemsstater.¹⁷

3. 2. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser

Medlemsstaterna skulle enligt rättsmedelsdirektiven se till att "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". Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Särskilda regler gäller för enheter inom de så kallade försörjningssektorerna.

4. Införlivning i medlemsstaterna

Medlemsstaterna får fritt välja formen och medel genom vilka rättsmedlen skall införlivas.¹⁸ I alla medlemsstater skall finnas möjligheter att få en upphandling interimistiskt stoppad, att få den avbruten och att få skadestånd. Rättsmedlen måste vara införlivade på ett otvetydigt sätt för att de som åberopar rättsmedlen skall ha en klar och precis uppfattning om sina rättigheter och skyldigheter.¹⁹

4.1. Metoder för införlivning i medlemsstaterna

Staterna har använt sig av tre olika införlivningsmetoder:

1. Danmark²⁰, Frankrike, Tyskland, Italien, Irland och Luxemburg har en eller flera korta lagar/förordningar som hänvisar till direktivens bestämmelser.

¹⁶ Grönboken, avsnitt 3.35.

¹⁷ Tidigare statistik från EG-kommissionen och rättsfallen visar att det inte är så vanligt att leverantörerna klagat på upphandlande enheter utanför det egna landet.

¹⁸ Art. 189 i EG-fördraget. Särskilda problem uppkommer i förbundsstater som Tyskland och Österrike.

¹⁹ C-119/89, Kommission mot Spanien, REG 641 punkt 10.

²⁰ Loven om Klagenævnet for Udbud (nr 1166 av den 20 december 1995).

2. Finland, Nederländerna (vad gäller byggdirektiv), Österrike, Sverige och Storbritannien har införlivat rättsmedel genom att skriva in bestämmelserna i en eller flera lagar.
3. Belgien, Grekland, Nederländerna (beträffande andra upphandlingsområden än bygg) Portugal och Spanien har avstått från att införa några områdesspecifika bestämmelser.

Stater nämnda under 3) anser att det inte behövs några särskilda bestämmelser om rättsmedel vid offentlig upphandling eftersom prövning i nationella domstolar garanterar att förfördelade leverantörer kan åberopa brott mot ett direktiv.²¹

EG-kommissionen har inlett förfaranden mot Tyskland, Grekland, Portugal och Spanien för bristande införlivning av rättsmedeldirektiv I och mot Belgien, Tyskland, Frankrike, Irland, Italien och Storbritannien för bristande införlivning av rättsmedelsdirektiv II, (nu avskrivet mot Belgien och Irland).

Av rättsfallet mot Grekland framgår att den nationella ordningen skall innehålla specifika rättsmedel för offentlig upphandling och att det inte räcker med en hänvisning till allmänna skadeståndsregler.²²

4.2. Domstolar och myndigheter

Interimistiska åtgärder och skadestånd kan enligt direktiven utdömas av myndigheter, specialdomstolar, förvaltningsdomstolar eller allmänna domstolar så länge dessa uppfyller vissa kriterier, som oavhängighet från de upphandlande enheterna och överklagbarhet.²³

De flesta länder gör skillnad mellan förvaltningsdomstolar/myndigheter och civilrättsliga skadeståndsmål. Alla medlemsstater har dock valt att lägga skadeståndsmål på existerande allmänna domstolar.²⁴ Enligt NOU:s mening kan man dock inte se enbart på de allmänna domstolarnas organisation och praxis eftersom skadeståndsmöjligheterna påverkas av samspelet med de andra rättsmedel. De praktiska möjligheterna att erhålla en snabb rättelse innan avtalet sluts eller att få det slutna kontraktet ogiltigförklarat²⁵ kan minska behovet av kännbara skadestånd, i vart fall vad den allmänpreventiva verkan beträffar. Även effekten av andra rättsmedel och förekomsten av speciella domstolar eller domstolsliknande myndigheter i Danmark²⁶, Finland, Tyskland, Nederländerna, Luxemburg, Sverige och Österrike skall därför beaktas²⁷.

²¹ Tidpunkten för införlivandet har nu gått till ända för alla medlemsstater.

²² C-236/95. EG-domstolen uttalar att "individuals should have the benefit of a clear and precise legal situation enabling them to ascertain the full extent of their rights and, where appropriate, to rely on them before national courts."

²³ Art. 2:8 i rättsmedelsdirektivet I och EG-domstolens dom den 4 februari 1999, i mål C-103/97 angående tolkningen av vad som avses med "nationell domstol" enligt art. 177 i EG-fördraget.

²⁴ Storbritannien och Irland är unika på det sättet att skadestånd utdöms av en enda instans, High Court.

²⁵ Nederländska domstolar och en särskild nämnd för byggentreprenader kan i princip ogiltigförklara även ett ingånget avtal, i vart fall så länge det inte är fullföljt eller långt framskridet.

²⁶ Klagenævnet for Udbud. En klagande är dock oförhindrad att vända sig direkt till en domstol.

²⁷ Fördelarna tycks vara snabbhet i processen och specialkunskap på området. Till nackdelarna hör bl.a. begränsningar i befogenheter. Eventuella avgifter (t.ex. Klagenævnet i Danmark har en

I flera länder, framför allt Luxemburg, Belgien och Frankrike, finns det en klar skillnad mellan rättsmedel för administrativa kontrakt (upphandlande enheter inom den klassiska sektorn) och privata kontrakt enligt försörjningsdirektivet. De privata kontrakten kan t.ex. inte bedömas av andra organ än allmänna domstolar och de kan inte heller stoppas genom interimistiska åtgärder. I stället för interimistiska åtgärder finns möjlighet till vitesföreläggande.

5. Andra rättsmedel än skadestånd

5.1. Samspelet mellan förvaltningsåtgärder och skadestånd

Det finns nationella skillnader i synen på förhållandet mellan de interimistiska åtgärderna och skadeståndet. I Belgien tycks t.ex. inställningen vara att knappt någon skada en anbudsgivare kan lida är så stor eller definitiv att den inte kan ersättas i en senare skadestandsprocess.

Även andra regler kan påverka ett effektivt genomförande av beslut på upphandlingsområdet såsom huruvida ett beslut eller dom kan genomdrivas. I Frankrike togs beträffande upphandlingsbeslut bort statens generella immunitet för utredningsåtgärder för att besluten lättare skulle kunna genomdrivas.

Den svenska otillbörlighetslagen uppfattas felaktigt av EG-kommissionen som en lag som skall trygga ett effektivt genomförande av beslut enligt rättsmedlen. Syftet med lagen är att förbjuda att vissa konkurrensnedvridande beteenden från de offentliga inköparnas sida upprepas.

5.2. Alternativa rättsmedel, såsom böter, avgifter, gottgörelse m.m.

Dessa rättsmedel är inte alternativa till skadestånd.²⁸ I art 2 (1) c) rättsmedelsdirektiv II²⁹ anges att medlemsstaterna kan ha alternativa rättsmedel i stället för rättelse eller avbrytande av en upphandling. Syftet skall vara att ”rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att

ansökningsavgift på 4 000 kr) och andra behörighetsregler kan begränsa de klagandes benägenhet att ansöka.

²⁸ Rätten till skadestånd skall enligt direktiv alltid finnas.

²⁹ Medlemsstaterna skall se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger prövningsorganet behörighet att handla antingen enligt a och b nedan eller enligt c och i bägge fallen enligt d:

- (interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse)
- (undanröja eller låta undanröja beslut som tagits utan stöd i lag)
- Att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges ovan under a och b för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen.

Medlemsstaterna får välja ett av dessa alternativ att gälla för alla upphandlare eller för upphandlarkategorier som definierats enligt objektiva kriterier, så länge de åtgärder som syftar till att förebygga skada för berörda intressen blir verkningfulla.

- Att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse.

betala en viss summa till berörda intressen." I förordet anges att prövningsorganet skall få rätt "att sätta tillräcklig indirekt press på upphandlarna och därmed förmå dem att vidta rättelse eller avhålla dem från att begå överträdelse och sålunda förebygga att skada uppstår."

Bara fyra medlemsstater har i sin lagstiftning infört möjligheter till sådan betalning, Frankrike, Danmark, Finland och Luxemburg.

I Frankrike kan en domare i förvaltningsdomstol före kontraktets slutande förelägga en upphandlande enhet att följa upphandlingsbestämmelserna. Domaren fastställer en tidsfrist inom vilken enheten skall uppfylla föreläggandet och ett dagligt vitesbelopp (astreinte) som utgår fr.o.m. fristens utgång. Domaren skall i sitt beslut väga in alla intressen, inklusive det allmännas. Han skall avstå från att utfärda vitesföreläggandet om de negativa konsekvenserna skulle överstiga de positiva.

I Danmark kan en domstol besluta om ett vitesföreläggande som ett alternativ till interimistiska beslut eller rättelse. Rättsmedlet tycks vara reserverat till särskilt allvarliga överträdelser. Böter tycks vara huvudalternativet för Sjöfarts- och Handelsdomstolen beträffande gas- och oljefyndigheter till havs.

I Luxemburg kan en allmän domstol besluta om vitesföreläggande mot privata upphandlande enheter som är verksamma inom försörjningssektorerna. Vite utdöms om en lagstridig klausul eller förfarande inte rättas till inom en angiven tid. Domaren i den allmänna domstolen i Luxemburg (till skillnad från vad som är fallet för administrativa domstolar i Frankrike) kan även i detta fallet fritt välja mellan att utdöma vite eller besluta om rättelse eller upphandlingens avbrytande.

Finland³⁰ Konkurrensrådet har möjlighet att vid brott mot upphandlingsreglerna som ett alternativ till rättelseåtgärderna besluta om gottgörelse till en part som haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlan.³¹ Gottgörelse kan utgå om de andra rättelseåtgärderna kan orsaka betydande skada eller om ansökan anhängiggjorts efter det att avtalet ingåtts, dock inom 14 dagar från det att anbudsgivarna fått del av anbudstävlan utgång eller ett beslut därom.³² Förutsättningarna för att erhålla

³⁰ Den finländska lagen ändrades efter det att Kommissionen avgivit den rapport som denna beskrivning bygger på. Beskrivningen av rättsmedel i Finland bygger på den finska lagen och NOU:s kunskap om dessa. Det kan noteras att de svenska förelägganden enligt Otillbörlighetslagen inte nämns i Kommissionens rapport.

³¹ Konkurrensrådet kan enligt lagens 9 §

- 1) helt eller delvis undanröja ett beslut av den upphandlande enheten,
- 2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en punkt i ett dokument som gäller upphandlingen och att annars följa ett oriktigt förfarande,
- 3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, eller
- 4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlan, om förfarandet hade varit felfritt.

Gottgörelsen kan påföras, om de åtgärder som anges i 1, 2, och 3 punkten kan orsaka betydande skada på det sätt som avses i 10 § 3 mom. eller om ansökan anhängiggjorts först efter att upphandlingsavtal i ingåtts. När gottgörelse påförs skall hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som upphandlande enheten gjort sig skyldig till, upphandlingens totala värde samt de kostnader och den skada som sökanden orsakats.

³² Lagens 9 a § 2:a st. I bestämmelsen sägs vidare att "Anbudsgivarna anses ha tagit del av

gottgörelse påminner om förutsättningarna för att erhålla skadestånd och beviskraven anges också ligga ganska högt.³³ Emellertid hindrar inte begäran om gottgörelse att leverantören också yrkar skadestånd. Handels- och industriministeriet i Finland kan dessutom under vissa förutsättningar leda ett förlikningsförfarande, om begäran härom görs inom 14 dagar från delfäendet.

EG-kommissionens rapport anger att dessa alternativa rättsmedels effektivitet i hög grad bygger på den framtida rättstillämpningen i de enskilda länderna. Vitesbelopp anges behöva vara ganska stora för att tvinga t.ex. ett vinstgivande oljebolag till att följa upphandlingsreglerna.³⁴ Det kan också diskuteras hur domstolarna vid avvägningen mellan den enskildes och statens intressen på ett objektivt sätt kan värderar den skada som det offentliga kan lida. Frankrike nämns som exempel på ett land där staten har stora offentliga och politiska engagemang i flera upphandlande enheter inom försörjningssektorerna.

6. Skadestånd

6.1. Talerätt

I rättsmedelsdirektiven anges att ”var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse” skall ha talerätt. I LOU kallas denna krets för leverantörer.³⁵ Termen omfattar även de potentiella leverantörerna.³⁶

Beträffande ärenden i konkurrensrådet i Finland (rättelse och gottgörelse) kan märkas att ansökningen kan anhängiggöras och talan föras av den som saken gäller, handels- och industriministeriet och beträffande entreprenad även finansministeriet eller den statliga myndighet som har beviljat projektbundet stöd för genomförande av byggnadsprojektet i fråga.³⁷

Talerätt i skadeståndsmål får antas endast den leverantör ha som har lidit en skada.

anbudstävlns utgång, om inte annat visas, den sjunde dagen efter att handlingen sändes.

³³ Som förutsättning för skadestånd anges att leverantören ”om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävln.” Angående gottgörelse är motsvarande uttryck ”skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävln om förfarandet hade varit felfritt.” I jämförelse med den svenska lagen (7 kap. 7 § LOU ”om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen”) tycks de finska bestämmelserna inte lägga samma vikt på ett orsakssamband mellan det begångna felet och den lidna skadan.

³⁴ Peter Pagh, sid. 148 påtalar i sammanhanget likheten med den amerikanska ”bötesersättningen - penal damage” varvid domstolen beaktar både skadans storlek och den generalpreventiva verkan.

³⁵ Jfr. 1:5 § LOU och förarbetenas förklaringen till begreppet leverantör.

³⁶ Detta uttalar klart i EG-domstolens Unix-dom och prop. 1992/93:88 sid. 103.

³⁷ Finska LOU 9 a §.

6.2. Skadestånd

Rätt till skadestånd är det enda rättsmedlet för skadelidande som måste finnas i alla medlemsstater efter det att ett kontrakt har slutits.³⁸ I direktivens förord anges att rätt till skadestånd alltid skall finnas. EG-rätten bygger på att skyddet för de enskildas rättigheter förutsätter att den som drabbats av ett brott mot EG-rätten skall ha möjlighet att erhålla finansiell kompensation.³⁹ Flera länder anger dessutom uttryckligen att rättsmedel skall vara tillämpliga inte bara vid brott mot de nationella bestämmelserna utan även vid överträdelse av EG-rätten, GPA eller skada till följd av myndighetsbeslut.⁴⁰ Med EG-rätten menas inte bara upphandlingsdirektiven utan framför allt de bakomliggande reglerna i EG-fördraget om fri rörlighet av varor och tjänster m.m.⁴¹ Detta betonas inte minst i EG-domstolens domar angående offentlig upphandling, vilka ofta refererar till de allmänna principerna i EG-fördraget.⁴²

6.2.1. Reparativ eller preventiv verkan

I vissa arbeten diskuteras huruvida skadeståndsreglerna skall ha enbart reparativ eller även allmänpreventiv verkan. Båda aspekter betonas av EG-kommissionen som talar om såväl ”skydd av de förfördelade leverantörernas rättigheter” som regelverket skall ”tillförsäkra att de upphandlande enheterna fullföljer sina ålägganden enligt EG-rättens upphandlingsregler”. I litteraturen pekas på att den kortfattade skrivelsen i rättsmedelsdirektivet I missar hela frågan om stimulans till att begära rättelse och avskräckande effekt.⁴³

De svenska förarbetena hänvisar till "explanatory memorandum" och betonar att syftet bakom direktivens regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.⁴⁴

6.2.2. Olika sedvanor vid offentlig upphandling

De skillnader i upphandlingsreglernas tillämpning som finns mellan länderna belyses inte alltid i förvaltnings- eller domstolsprocesser enligt rättsmedelsdirektiven eftersom dessa huvudsakligen åberopas av leverantörer vid klagomål mot upphandlande enheter inom det egna landet. Upphandlingstvister som involverar utländska leverantörer är ganska sällsynta. NOU vill därför nämna att det i medlemsstaterna synes finnas skilda uppfattningar om vad som omfattas

³⁸ I regel är skadestånd också det enda rättsmedlet som återstår. I några länder finns dock möjlighet att en domstol upphäver kontraktet eller förbjuder dess användning, t.ex. i Belgien. För detta fordras dock att käranden har "subjektiv rätt" att kontraktets genomförande avbryts. Kontraktet kan ogiltigförklaras på talan av tredje man om dess genomförande bryter mot "l'ordre public".

³⁹ Förenade målen C-46/93 Brasserie de Pecheur och C-48/93 Factortame.

⁴⁰ T.ex. Finland och Spanien.

⁴¹ Artiklarna 6, 30, 48, 52 och 59 i Romfördraget.

⁴² Denna dimension är däremot mycket ovanlig i Sverige, där LOU normalt ses som en isolerad lag och kopplingen till EG-fördraget verkar ha gått förlorad.

⁴³ Fernández Martín, sid. 226.

⁴⁴ Prop. 1992/93:88, sid. 103.

av direktivens bestämmelser och hur dessa skall tillämpas. Här kan nämnas t.ex. olika uppfattningar om användningen av påskyndat förfarande, när förhandling får bedrivas⁴⁵, tjänstekoncessioner, ramavtal m.m. Skillnader finns även angående vilka bolag som omfattas av begreppet upphandlande enhet och i frågan om vissa typer av avbrutna upphandlingar omfattas av regleringen. EG-kommissionen har påbörjat arbetet med klargörande av dessa begrepp. Vidare pågår det ett pilotprojekt som syftar till att medlemsstaterna åstadkommer en mera likartad tolkning och tillämpning av upphandlingsreglerna.

6.3. Begränsningar i rätten att begära skadestånd

Rättsmedeldirektiven tillåter att medlemsstaterna inför begränsning i rätten att klaga på en upphandling. Detta får ske genom att leverantören först måste begära rättelse hos den upphandlande enheten.⁴⁶ Även rätt att begära skadestånd får enligt direktiven begränsas genom att det lagstridiga beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt. I rättsmedelsdirektiv II ställs som villkor för detta att medlemsstatens rättsordning kräver det och att staten "har organ med tillräckliga rättsmedel för ändamålet".⁴⁷

Några medlemsstater har genomfört sådana begränsningar. I Italien kan en skadeståndstalan tas upp av en allmän domstol endast om en förvaltningsdomstol har upphävt den ifrågavarande upphandlingen. I Österrike krävs för skadeståndstalan att den klagande först vänt sig till Public procurement Agency och att denna har funnit att den upphandlande enheten har brutit mot upphandlingsreglerna.⁴⁸ En konstaterad överträdelse av upphandlingsreglerna skall å andra sidan i dessa länder godtas vid senare prövningar. En allmän domstol skall således vid prövningen av skadestånd utgå ifrån att ett regelbrott har skett och endast pröva karendens rätt till skadestånd. Inte heller i Belgien behöver en klagande i en skadestandsprocess visa att den upphandlande enheten brutit mot reglerna om upphandlingen redan avbrutits av Conseil d'Etat.

I andra länder (inklusive Sverige) skall den domstol som utdömer skadestånd göra sin egen självständiga bedömning av alla förutsättningar. I Tyskland är det

⁴⁵ I Sverige och Danmark används det förhandlade förfarandet i 8 – 9 % av upphandlingar medan Tyskland använder samma förfarandet i mer än 20 % av alla upphandlingar inom den klassiska sektorn.

⁴⁶ Grekland håller på att ändra sin lagstiftning. Enligt den tidigare ordningen fick leverantören först genomgå ett icke juridiskt förfarande innan han kunde åberopa vanliga skadestandsregler i en allmän domstol. Även i Spanien och Italien måste möjligheten till de administrativa åtgärderna vara uttömda innan man får vända sig till en domstol. Den rättsliga prövningen kan (till skillnad från vad som är fallet i Sverige) pågå i flera år efter det att avtalet har slutits. De svenska förvaltningsdomstolarna avslår ansökan om överprövning så snart det kommit fram att ett avtal har slutits.

⁴⁷ Art. 2 (5) i rättsmedelsdirektiv I, "Medlemsstaterna får bestämma att, i de fall skada görs gällande på grund av att beslut tillkommit i strid mot lag, det överklagade beslutet först skall upphävas av ett organ med nödvändig behörighet för detta." I art. 2.1 i rättsmedelsdirektiv II anges: När skadestånd begärs därför att ett beslut är lagstridigt, får medlemsstaterna när deras rättsordning det kräver och de har organ med tillräckliga rättsmedel för ändamålet föreskriva att det klandrade beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt.

⁴⁸ Tidigare regel i Österrike krävde dessutom för skadeståndets utdömande att Agency har funnit att den klagande hade fått kontraktet om överträdelsen inte hade skett.

uttryckligen stadgat att en domstol inte är bunden av några tidigare beslut angående upphandlingens laglighet.

6.3.1. Tid inom vilken skadeståndstalan skall väckas

NOU känner inte till att någon annan medlemsstat begränsat tiden för rätten att begära skadestånd på sätt som Sverige har gjort.⁴⁹ I 7 kap. 8 § LOU anges att talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad. NOU har i tidigare sammanhang påpekat att denna tid kan vara för kort. Skadeståndet utdöms nämligen av de nationella domstolarna. Även om det i Sverige inte finns någon föreskrift om att en förvaltningsdomstol måste konstatera felet, kan det dröja mer än ett år innan t.ex. Regeringsrätten uttalar sig i målet⁵⁰ eller innan ett förhandsbesked kan lämnas av EG-domstolen. En förfördelad leverantör, som dessutom kan ha svårigheter att i tid få alla relevanta handlingar,⁵¹ kan i regel inte avvakta ovannämnda avgöranden innan han tvingas att ta ställning huruvida han skall begära skadestånd.

6.4. Förutsättningarna för att kunna erhålla skadestånd

Direktiven anger att det är ”nödvändigt att se till att lämpliga förfaranden finns inom alla medlemsstater, så att beslut i strid mot dess bestämmelser kan upphävas och ersättning kan ges till dem som skadats av överträdelserna.” I brist på politisk vilja att ha övernationella regler härom överlämnas det åt medlemsstaterna att själva utforma reglerna för skadestånd. Dessa bygger därför på medlemsstaternas nationella regler och kan variera.

6.4.1. Gemensamma drag

Klaganden i alla medlemsstater tycks behöva visa

- 1) att den upphandlande enheten har brutit mot upphandlingsreglerna,
- 2) att det finns ett orsakssamband⁵² mellan den upphandlande enhetens överträdelse av reglerna och den skada man lidit,⁵³
- 3) att klaganden lidit en skada (vidkänt förlust) och
- 4) att den klagande (enligt allmänna principer) har försökt eliminera skadan eller begränsa dess omfattning.⁵⁴

⁴⁹ I Belgien gäller t.ex. den vanliga preskriptionstiden på 30 år. Tiderna för överprövning i förvaltningsdomstolar eller myndigheter brukar dock, med hänsyn till beslutens karaktär av interimistiska åtgärder, vara ganska korta.

⁵⁰ Jfr. t.ex. RÅ 1996:50. När avgörandet har kommit har rätten till prövning i allmän domstol gått förlorad.

⁵¹ NOU känner till flera fall i vilka leverantören tvingats till flera långdragna överklaganden angående utfående av handlingar enligt sekretesslagen.

⁵² Adekvat samband (causa adequata) tycks behövas.

⁵³ Östra Landsrätten har i Storebälts-fallen funnit att det med tillräcklig grad av säkerhet har visats att det finns ett orsakssamband mellan det klaganden anfört och skadan. Avgörandet har tolkats som att ersättning för anbudskostnader kan utgå även till den som inte kan visa att de skulle ha erhållit kontrakt, om felet inte hade begåtts. Se närmare Nielsen, sid. 193.

⁵⁴ I Sverige kan det innebära att den skadelidande, om möjligt, har ansökt om överprövning i länsrätten. I Danmark och Spanien anges uttryckligen att skadeståndet kan begränsas eller utebli

6.4.2. Grund för skadeståndsskyldigheten

Skadeståndsskyldigheten kan dock grunda sig på olika grunder

- a) kränkning av en rättighet
- b) avtalsmässiga grunder
- c) det allmännas ansvar för sina handlingar (myndighetsutövning).

I vissa länder grundas skadeståndsskyldigheten på den kränkning av rättigheter som leverantören får utstå. Detta leder i grunden till att leverantören skall bevisa att han betagits rättighet eller fått vidkännas inskränkning i chansen att få sitt anbud antaget på de i förfrågningsunderlaget och upphandlingsreglerna angivna grunderna.

Andra medlemsstater betonar den ekonomiska förlust någon åsamkats p.g.a. motpartens kontraktuella eller pre-kontraktuella förpliktelser, d.v.s. att det som skall prövas är den upphandlande enhetens avsteg från det som avtalats eller kunde förväntas ha avtalats.⁵⁵

Ett annat synsätt är huruvida ett upphandlingsbeslut kan ses som myndighetsutövning. I t.ex. Spanien⁵⁶ anges en myndighets skadeståndsskyldighet vid brott mot upphandlingsreglerna vila på en grundlagsskyddad rättighet till ersättning av en skada orsakad av myndighetens agerande. Liknande regler finns i Grekland.⁵⁷ I Sverige anses dock upphandling av de flesta inte utgöra myndighetsutövning.⁵⁸

6.4.3. Hur långt skall ersättningen sträcka sig

En annan skillnad ligger i staternas syn på hur långt ersättningen skall sträcka sig. Skillnaden består enligt NOU:s här förenklade beskrivning i huruvida den förfördelade leverantören genom skadeståndet skall försättas i

- A) det läge i vilket han var innan överträdelse av en rättsregel inträffat (status quo ante) eller
- B) samma läge som om skadan inte inträffat eller eventuellt

om den skadelidande har bidragit till skadans uppkomst eller inte begränsat skadans omfattning.

⁵⁵ I engelska arbeten betonas framför allt den första aspekten, dvs. att den upphandlande enheten har brutit mot sin plikt att följa upphandlingsreglerna. Avgörandet i s.k. Blackpool-målet antyder emellertid synsättet att förfrågningsunderlaget utgör ett löfte att opartiskt och på de angivna grunderna bedöma alla inkomna anbud. Avsteg från detta innebär då ett brott mot det föreslagna kontraktet. Distinktionen var viktig eftersom engelsk lag kunde utge ersättning för förlorad inkomst endast i kontraktuella sammanhang. Anledningen att göra denna åtskillnad har numera fallit bort då skadestånd för förlorad inkomst antas kunna utgå även till följd av brott mot regelverket (tort)

⁵⁶ Fernandez Martín: sid. 247.

⁵⁷ Grekland gäller detta "administrativa kontrakt" under förutsättning att staten, kommun, stad eller organ under allmän lag i anslutning till den anförtrodda verksamheten har orsakad skada genom handling eller försummelse. Skada som inte orsakats under myndighetsutövning ersätts enligt allmänna civilrättsliga principer.

⁵⁸ Hentze och Sylvé, sid 478 f.

C) i bättre ekonomiskt läge då även ideellt eller moraliskt skadestånd kan utgå.

Medlemsstatens synsätt kan påverka ersättningens omfattning och graden och omfattningen av det som skall bevisas. Den förstnämnda principen medför att en överträdelse under anbudsfasen i regel kan leda endast till ersättning för redan nedlagda kostnader medan de senare inte utgör några hinder mot att utge skadestånd för det som rimligen hade inträffat om överträdelsen inte inträffat, d.v.s. skadeståndsskyldigheten för förlorad vinst och andra eventuella framtida förluster.

6.5. Behov att visa att klaganden haft möjlighet att erhålla upphandlingskontraktet

EG-rätten utgår vid utomkontraktuell skadeståndsskyldighet från culparegeln (art. 215 i Romfördraget). Vad gäller ersättning för brutna avtalsförhandlingar eller upphandlingar är rättsläget omdiskuterat.⁵⁹ Det är emellertid inte säkert att det som inträffar under anbudsfasen eller utvärderingsfasen av en upphandlingen måste ses som ett utomkontraktsrättsligt förhållande.⁶⁰ En jämförelse med ett närbesläktat område som anställningsregler inom EG-rätten tyder också på att culparegeln inte kan godtas. När det gäller att kompensera en klagande för förlust av möjlighet att få ett anställningsavtal p.g.a. könsdiskriminering, ställdes inte krav på att försumlighet skulle bevisas.⁶¹

Gemenskapslagstiftaren tycks ha överlämnat regleringen av frågan om beviskrav i rättsmedelsdirektiven åt medlemsstaterna.⁶² Ordalydelse i rättsmedelsdirektiv I kan i vart fall inte ge någon vägledning i frågan. Rättsmedelsdirektiv II ger vägledning vad avser anbudskostnaderna. Anbudsgivaren är berättigad till ersättning för "kostnaderna för att förbereda anbud eller delta i ett upphandlingsförfarande" om han kan visa att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.

Uppdelningen i olika typer av skadestånd i rättsmedelsdirektivet II verkar tala för att den gemenskapsrättslige lagstiftaren har tänkt sig att fullt skadestånd skall utgå, inklusive förlorad vinst men att ersättningen för redan nedlagda kostnader kunde utgå enligt andra principer än vinst.⁶³ Ersättning för nedlagda anbudskostnader inom försörjningssektorerna kan i alla medlemsstater krävas av den som visar att han hade fått kontraktet om den upphandlande enheten inte hade

⁵⁹ Axel Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelser mm), SvJT 1987, sid. 493.

⁶⁰ Jämför den engelska Blackpool-domen eller den svenska Högsta domstolens dom T 1441-97. I den sistnämnda anges att det "ligger nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds".

⁶¹ Nielsen, sid 195 f. och där angivna rättsfall från EG-domstolen C-180/95 (Draehmpaehl) och C-177/88 (Dekker).

⁶² Skadeståndsbeloppen i de olika länderna kan variera. Anbudsgivare har olika möjligheter till skadestånd (för vad och skadeståndsbeloppet) beroende på den upphandlande enhetens juridiska hemvist. En annan intressant fråga kan uppkomma i situationer som berör mellanstatliga projekt och möjlighet till val mellan olika rättsordningar.

⁶³ Se Arrowsmith, The law of Public and Utilities Procurement, sid. 911 ff.

brutit mot upphandlingsreglerna (rättsmedelsdirektiv II art. 2.7 eller 7 kap. 7 § LOU). Frågan är om samma beviskrav gäller även för ersättning för utebliven vinst inom försörjningssektorerna och även inom den klassiska sektorn, åtminstone vad anbuds kostnaderna beträffar.⁶⁴ Båda beviskraven tycks finnas i medlemsstaterna.

I vissa länder skall den klagande visa att han hade fått kontraktet om den upphandlande enheten inte hade brutit mot upphandlingsreglerna. I andra stater tycks beviskravet ställas lägre, nämligen att han haft en realistisk möjlighet ("real chance") att erhålla kontraktet och överträdelsen minskat denna möjlighet.⁶⁵ Den senare varianten 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 uppbära om att kunna erhålla kontraktet. - Den beräknade inkomstförlusten kan t.ex. fördelas med olika andelar mellan de två eller tre anbudsgivare som mest sannolikt hade antagits, med t.ex. 50 % till den mest sannolike, 30 % till den som kunde förväntas komma på andra plats och 20 % till den som kunde bedömas ha haft viss chans att erhålla kontraktet om felet inte hade begåtts.

Bevisläget kan förändras beroende på typen av upphandling (öppen, selektiv eller förhandlad upphandling) och utvärderingskriterier (lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet). I vissa medlemsländer, som Belgien, tycks dessa distinktioner spela större roll än i andra.

Flera medlemsstater (Danmark, Sverige, Finland, Storbritannien och Österrike) har i stort sett ordagrant infört bestämmelsen om "realistisk möjlighet" i sin lagstiftning avseende försörjningssektorerna. Även Grekland och Portugal förväntas göra det.⁶⁶ I Frankrike, Belgien, Irland,⁶⁷ Italien och Luxemburg återfinns inte detta begrepp i lagstiftningen men domstolarna förväntas döma i enlighet med principen om realistisk möjlighet. För närvarande tycks det vara endast i Tyskland där man avsiktligt inte införlivat denna regel. I Tyskland verkar det som om klaganden måste visa att det var nästan säkert att han hade vunnit anbudstävlingen (almost certainly have won).⁶⁸

I Spanien krävs inte att ett fel eller försummelse har begåtts när det gäller förvaltningen. Det räcker att visa att skadan har uppkommit till följd av den offentliga partens handlande.⁶⁹ Skadestånd utgår inte om skadan inträffat på grund

⁶⁴ I Danmark antas att reglerna för försörjningssektorerna tillämpas analogt även vad beträffar anbudskostnaderna inom den klassiska sektorn.

⁶⁵ I Finland gäller detta uttryckligen enligt 8 § andra stycket i finska LOU. I Frankrike gäller en betydande (sérieux) möjlighet att få kontraktet även utanför försörjningssektorerna. Frankrike ansåg det därför tidigare onödigt att införliva rättsmedelsdirektiv II, då dessa förutsättningarna redan gällde enligt existerande lag.

⁶⁶ År 1997 hade dessa länder ännu inte införlivat direktiven.

⁶⁷ High Court har inte avgjort några mål men den har rätt att helt eller delvis upphäva ett slutet kontrakt eller ändra villkor vad gäller den klassiska sektorn.

⁶⁸ Några skadeståndsmål var inte rapporterade från Tyskland och inte heller i övriga källor kan några kända rättsfall hittas. De tyska reglerna har kritiserats av kommissionen och Tyskland anges ha beslutat sig för ett totalt översyn av sin införlivning av rättsmedel.

⁶⁹ Kallas på engelska för Patrimonial liability.

av force majeure.

I Grekland finns en lagstadgad möjlighet att erhålla skadestånd för kontrakt som inte slutits om den upphandlande enheten sluter ett kontrakt trots att dess beslut om leverantör har upphävts. Skadeståndet grundar sig på brottet mot den ömsesidiga bundenheten av gott uppsåt och affärsmässigt beteende som skall råda under affärsförhandlingen.⁷⁰

6.6. Beräkning av skadeståndets storlek

Av kommissionens sammanställning kan svårligen utläsas hur stora skadestånd som skall utgå. I de flesta medlemsstaterna synes ersättning i princip utgå för

- anbudskostnaderna, dvs. kostnader för att förbereda anbud och delta i anbudsförfarandet (det negativa kontraktsintresset)
- utebliven vinst, d.v.s. den vinst som leverantören hade fått om han erhållit upphandlingskontraktet (det positiva kontraktsintresset).⁷¹

6.6.1. Det positiva och det negativa kontraktsintresset

EG-kommissionen anger i grönboken om offentlig upphandling att endast ersättning för kostnader, även om denna kan vara omfattande, inte på något sätt utgör full ersättning vid överträdelser av reglerna rörande offentlig upphandling.⁷² Vad beträffar medlemsstaterna visar EG-kommissionens sammanställning inte att någon medlemsstat utesluter att skadestånd kan utgå för det positiva kontraktsintresset.

Enligt konsultundersökningar i EG-kommissionens utredning förefaller det vara klarlagt att beräkningsgrund för skadeståndet i alla medlemsländer är det positiva kontraktsintresset.⁷³

⁷⁰ Grekiska civillagen anger i art. 197 att parterna under avtalsförhandlingen skall bli ömsesidigt förpliktade att tillämpa gott uppsåt och affärsmässigt beteende (dictated by good faith and business customs). I art. 198 anges att den som under avtalsförhandlingen genom eget fel har orsakat att den andra parten lidit skada skall ersätta skadan även om kontraktet inte slutits (egen översättning). Ersättningen bör omfatta även förväntad inkomstförlust.

⁷¹ Begreppen positiva och negativa kontraktsintressen bör användas med försiktighet eftersom i det grekiska rättssystemet används uttrycken "positiv loss" för anbudskostnaderna och "negativ loss" för inkomstförlust medan i tysk rätt talas om positivt och negativt intresse i samma betydelse som i Sverige.

⁷² Grönboken, punkt 3.38.

⁷³ I Sverige är det klarlagt att departementschefen i propositionen delade Stockholms universitets och arbetsgruppens åsikt att ersättningen skulle utgå för det positiva kontraktsintresset (prop. 1992/93:88, sid. 46). Departementschefen uppgav: "Vad gäller avvägningen mellan det negativa och det positiva kontraktsintresset delar jag arbetsgruppens bedömning av de skäl som Stockholms universitet framfört i sitt remissyttrande. Dessutom är det av värde ur effektivitetssynvinkel att möjligheten till fullt skadestånd finns för den lidna skadan." Jämför också Arrowsmiths tolkning av två EG-domar i not 95 nedan och Wahls samt Hentzes och Sylvéns uttalanden i not 96 nedan. Lämpligheten av ersättning för det positiva kontraktsintresset har dock ifrågasatts av bl.a. Palm och Riberdahl SvJT 8/96, sid. 644 och vid finansutskottets behandling (1997/98:FiU7). Även direktiven till NOU-utredningen anger (Fi 1998:08, sid. 11) att det positiva kontraktsintresset kanske är en för kraftig påföljd.

Datum
1999-03-31

Vår beteckning
53/99-28

Belgien. Det finns flera avgöranden även från tiden före rättsmedelsdirektiven, t.ex. 1971, som visar att den klagande kan få ersättning för främst kontraktets ekonomiska värde men sällan samtidigt även för anbuds kostnaderna.

Luxemburg. Leverantörerna kunde redan före direktivens införlivande erhålla ersättning för nedlagda kostnader och missade vinstmöjligheter. Ersättning för förlorad inkomst i samband med offentlig upphandling utgår i enlighet med en prejudicerande dom av Högsta domstolen, avgivet år 1964

Nederländerna. Överträdelse av upphandlingsregler är ett lagbrott och den som drabbats skall enligt holländsk rätt ersättas för alla skador han lidit till följd av detta och skall täcka både materiella och immateriella skador. De materiella täcker både förluster och omkostnader som förlorad vinst

Frankrike. I Frankrike grundas rätt till skadestånd på att käranden gått miste om en rättighet till följd av fel eller försumlighet av svaranden (Art. 1382 Code Civil). Bevisbördan för felet, kausaliteten och den egna skadan åvilar käranden som i upphandlingssammanhang bör visa att han haft betydande (sérieux) möjlighet att vinna anbudstävlan.

Danmark.⁷⁴ I Danmark anges att den klagande skall försättas i samma läge som om skadan inte inträffat. Detta kan innebära full ersättning för kostnaderna, inklusive förlorad inkomst, men skall inte göra någon förtjänst. Danska domstolar ersätter i regel endast rena ekonomiska förluster.

Finland.⁷⁵ Skadeståndet skall i princip ersätta hela den ekonomiska skada som leverantören vidkänts, vilket förväntas omfatta även förlust av eventuell affärsvinst.

Österrike. Det fanns en begränsning till skadestånd för endast anbuds kostnaderna. Denna bestämmelse har nu upphävts på federal nivå och håller på att tas bort även inom de österrikiska delstaterna.⁷⁶ Enligt lagändringen och prejudikat av Högsta domstolen, dom från oktober 1994 avseende tidigare lagstiftning om offentlig upphandling skall även förlorad inkomst ersättas.

Grekland. I Grekland anges att skadestånd skall inkludera all minskning av tillgångar såväl som all inkomstförlust. Inkomsten beräknas till det som rimligen kan förväntas vid normala förhållanden eller med hänsyn till de speciella omständigheter och med beaktande av vidtagna förberedelser.

Italien. I Italien skiljer man vid skadestånd mellan kontrakträttsliga och utomobligatoriska skyldigheter. I upphandlingssammanhang förväntas skadestånd utgå för både faktiskt nedlagda kostnader och förlorad vinst inklusive oförutsedda förluster.

Spanien. Skadestånd för det positiva kontraktsintresse skall utgå. Det kan enligt spansk rättspraxis minskas eller utebli om vinsten inte kan styrkas eller när den skadelidande inte agerat för att minska skadan.

⁷⁴ se även Trepte, Public procurement in the EC, s. 226.

⁷⁵ Finlands lag om offentlig upphandling, 8 § (Lydelse fr.o.m. 1 mars 1998):

Den som genom förfarande som strider mot denna lag (eller bestämmelser eller EG-lagstiftning eller GPA) orsakar en kandidat (dvs. anbudssökande), anbudsgivare, eller leverantör skada, är skyldig att ersätta den skada han orsakat. Då skadeståndskravet gäller de kostnader som uppkommit på grund av deltagande i ett anbudsförfarande, är det för utdömmande av skadestånd tillräckligt att kandidaten eller anbudsgivaren leder i bevis ett oriktigt förfarande som avses i 1 mom. och att han om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävlan.

⁷⁶ NOU känner inte till om ändringen redan är genomförd i samtliga delstater.

Storbritannien.⁷⁷ Skadestånd för förlorad inkomst kan utgå i form av förlorad chans att erhålla kontrakt. I så fall krävs övervägande sannolikhet att leverantören skulle ha fått kontraktet. Om hans chanser uppskattas till 20 % kan han erhålla 20 procent av förväntad vinst.⁷⁸

Tyskland anger att ersättningen kan utgå för förlorad inkomst men anger också att det i praktiken för en inte antagen leverantör kan vara i stort sett uteslutet att styrka ett orsakssamband mellan förlorad inkomst och det begångna felet. I praktiken antas därför endast skadestånd för det negativa kontraktsintresset utgå till de leverantörer som inte blivit antagna.⁷⁹

Ersättningen kan i regel utgå för antingen det positiva eller det negativa kontraktsintresset.⁸⁰ Att en klagande anbudsgivare ersätts för både det positiva och det negativa kontraktsintresset strider inte mot reglerna⁸¹ även om sådan kan utgöra en överkompensation.⁸²

6.6.2. Beräkning av skadestånd

I domen von Colson och Kamann⁸³ anges att en stat skall utge skadestånd som inte är enbart symboliskt utan står i proportion till den lidna oförrätten. Generaladvokaten i fallet Marshall⁸⁴ anger att skadestånd bör omfatta materiella skador (damnum emergens), förlorad inkomst (lucrum cesans), moraliskt skadestånd (dommage moral) och skadestånd för fördröjning av förpliktelsen

⁷⁷ High Court har i Portsmouth-fallet uttalat att klaganden i princip har rätt till ersättning för förlorad vinst och överlät åt "Court's official referee" att bestämma beloppet. Den tidigare gällande skillnaden mellan "damage in tort" (brott mot regelverket) och "damage in kontrakt" (obligatoriskt skadestånd) anses numera ha upphört och ersättning för förlorad inkomst kan utgå i båda fallen. (Alied Maples-fallet)

⁷⁸ Fallet Chaplin v. Hicks, (1911) 2 K.B. 786. Senare år 1995, Allied Maples Group v. Simmons & Simmons (1995), WLR 1602.

⁷⁹ Den tyska lagen bygger på culpa in contrahendo, dvs. att en leverantör som hade berättigade förväntningar att erhålla ett kontrakt kunde få skadestånd om motparten hade begått ett fel. Detta kräver både kontakt mellan parterna under förhandlingar och gör det i praktiken i stort sett uteslutet att visa att just den klagande leverantören skulle ha fått kontraktet. I praktiken kan därför endast skadestånd för anbudskostnaderna utgå. Skadeståndsbeloppet skulle bestämmas enligt principen "status quo ante", dvs. leverantören skulle försättas i tillstånd som rådde innan den skadebringande handlingen inträffade. Domstolspraxis visar att ersättning för anbudskostnaderna kan utgå om leverantören visar att han med stor sannolikhet skulle ha erhållit kontraktet. Att visa det positiva kontraktsintresset kan dock vara mycket svårt om inte omöjligt.

⁸⁰ Leverantörerna i Danmark och Nederländerna kan välja mellan att yrka på det positiva eller negativa kontraktsintresset. I båda fallen måste de dock visa skadan och specificera beloppet.

⁸¹ Så har skett i några tingsrättsdomar i Sverige. Även i Frankrike anges möjlighet att få skadestånd för både förlorad inkomst och rimlig kompensation för nedlagda anbudskostnader.

⁸² I t.ex. Spanien anges att det vore ologiskt att utge skadestånd för anbudskostnaderna till den som tilldömts skadestånd för förlorad inkomst. Samma resonemang förs av Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling (sid. 474) "En vinnande leverantör får kompensera sina kostnader för att ta fram ett anbud med den vinst han får genom kontraktet. De förlorande anbudsgivarna får normalt ingen ersättning för sina kostnader i en upphandling. Det ingår i spelets regler att det normalt endast är en anbudsgivare som får leverera, övriga får stå för sina kostnader själva.

⁸³ C-14/83 von Colson och Kamann, REG 1984, 1891, sid. 1909.

⁸⁴ C-271/91, Marshall mot Southampton and South West Hampshire Area Health Authority.

(dommage resultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée).

I medlemsstaterna är det inte heller säkert om ersättningen skall utgå för hela eller endast en del av skadan. Inte heller ersättningen för anbudskostnader är enligt direktiv maximerad till de styrkta kostnaderna för att förbereda anbud och delta i anbudsförfarandet utan den kan överskrida detta belopp i form av preventiv⁸⁵ eller ideellt/moraliskt skadestånd.⁸⁶ I t.ex. Grekland anges att ersättning till följd av myndighetens handlande eller försumlighet skall utgå för både materiella och immateriella skador.

I Belgien skiljer man mellan kontrakt på grund av lägsta pris (adjudication) med bestämt schablonmässigt skadestånd på 10 % av den lägsta anbudssumman och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (appel d'offres) där skadans omfattning måste visas. Olika beräkningsmetoder används i praxis för att uppskatta leverantörens inkomstförlust bl.a. vissa procent av förlusten, bevisning om leverantörens vanliga inkomstmarginaler eller utsedda experters uppskattning av rimlig vinst.

Den spanska högsta domstolen har i en dom från 1962 uttalat att förlorad inkomst skall bestämmas till den inkomst som, med viss sannolikhet, kunde förväntas uppkomma under normalt förväntade omständigheter eller uppstå till följd av de speciella omständigheterna i det specifika fallet. Domstolens uppskattning skall grunda sig på objektiva kriterier och inte enbart förväntningar. Spanska domstolar erkänner visserligen rätt till ideellt/moraliskt skadestånd men domstolarna har hittills inte godtagit att förkastandet av ett anbud kan leda till framtida inkomstförluster till följd leverantörens prestigeförlust.⁸⁷

Domstolspraxis i många medlemsstater är relativt sparsam och i de flesta fall saknas det avgöranden från högsta instanser. En del slutsatser bygger därför på antaganden. Domstolarna synes tillämpa vissa grundprinciper för skadeståndens beräkning.

- 1) I Sverige har skadeståndet bestämts till skillnaden mellan den ersättning klaganden hade erhållit i enlighet med upphandlingskontraktet (om han fått

⁸⁵ Kommissionen frågar i Grönboken medlemsstaterna om deras uppfattning avseende preventiva avgifter. Medlemsstaterna har dock visat ett svalt intresse för sådan lösning.

⁸⁶ EG-domstolen har i målen C-173/82, 157/83, 186/84, REG 1986 sid. 497 uttalat att skadestånd skall täcka inkomstförlust och moraliska skadan. Domstolens första instans har nyligen i mål T-203/96 funnit att Europaparlamentet var utomobligatoriskt ansvarigt i ett upphandlingsärende i vilket avtal inte slutits. Klaganden ansågs inte ha rätt att begära ersättning för utebliven vinst eftersom detta skulle innebära att verkan gavs åt ett kontrakt som aldrig har existerat (punkt 96 i domen). Klaganden, som informerats om att rådgivande kommittén lämnat sitt samtycke till hans anbud, erhöll ersättning för kostnader och avgifter som den ådragit sig till följd av den trodde att den skulle tilldelas kontraktet och kostnader för rekrytering, läkarbesök, utbildning och kostnader för att schemalägga chaufförerna samt förberedande arbete, förhandlingar om bilpark, telefonabonnemang och parkeringsavtal (punkt 104) Vidare ansågs han med hänsyn till omständigheterna i förevarande fallet berättigad till ersättning för den ideella skadan som uppkommit (punkt 108). Sökandens materiella och ideella skada fastställdes till sammanlagt 5 000 000 BFR.

⁸⁷ Ingenting i spansk lag förhindrar dock att sådant skadestånd kan utdömas om man frambringar tillräcklig bevisning.

- det) och de kostnader han sparar in genom att inte behöva genomföra det.⁸⁸
- 2) I Nederländerna har en domstol⁸⁹ i det enda kända fallet utdömt skadestånd men bestämt detta till 10 % av anbudspriset, vilket ansågs utgöra en lämplig uppskattning av leverantörens förlorade inkomst. Samma princip beskrivs i Belgien.⁹⁰
 - 3) I Storbritannien och i Frankrike anses skadeståndsnivån kunna variera beroende på hur stora chanser den klagande haft att kunna erhålla kontraktet.⁹¹
 - 4) I Danmark har flera anbudsgivare som inte fått kontraktet erhållit skadestånd till följd av EG-domstolens utslag i Storebaelt-målet⁹² i form av ersättning för anbudskostnader med sammanlagt ca. 100 milj kr.

6.7. Rättegångskostnader

Även de nationella bestämmelserna om rättegångskostnaderna kan påverka leverantörernas beredvillighet att söka rättelse eller skadestånd p.g.a. brott mot upphandlingsreglerna. I Belgien får en domstol inte besluta om fördelning av rättegångskostnaderna. I Nederländerna skall domstolarna inte pröva rättegångskostnader utan automatiskt besluta att den förlorande part skall betala motpartens rättegångskostnader. I flera medlemsländer finns det dessutom flera ytterligare kostnader i samband med rättegångsförfaranden, t.ex. stämpelavgifter, registreringsavgifter, avgifter till jurister, avgifter för expediering av domar och beslut, avgifter för utredningar och vittnesmål, ersättning för domarnas och övrig domstolspersonals rese- och övernattningskostnader och kostnader för processmaterialet.⁹³ Advokatkostnaderna räknas i vissa länder inte som rättegångskostnader, vilket kan innebära att även vinnande part får bära sina rättegångskostnader.

Rättegångskostnader i förvaltningsdomstolar får i de flesta länder, såsom i Sverige, bäras av parterna var för sig.

Möjligheterna att erhålla rättshjälp kan givetvis höja eller sänka antalet skadeståndsmål.

7. Möjlighet att driva skadeståndstalan mot en medlemsstat

⁸⁸ Sala Tr. mål nr T 252/94 dom den 8 januari 1996. Sedermera i HovR och Tr:s dom fastställd av Högsta domstolen. Liknande överväganden har gjorts i Spanska Högsta domstolen (år 1992) vilken har satt ned yrkad vinst på 40 % till 14 % av anbudssumman med hänsyn till "de allmänna omkostnaderna" leverantören skulle ha haft.

⁸⁹ Distriktdomstolen i Maastricht.

⁹⁰ Om den som lämnat det lägsta anbudet kan påvisa sambandet tilldöms han skadestånd med 10 cent per BFR av det inlämnade anbudet. Även i fall av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används ofta 10 % av netto anbudet som tumregeln men kan bli högre om klaganden kan visa att hans omkostnader och vinstmarginal brukar vara högre. I något fall har rätten utsett en expert för att beräkna leverantörens sannolika inkomstförlust.

⁹¹ Detta kan innebära att den som helt kan leda sin talan i bevis kan få full ersättning medan olika osäkerhetsfaktorer i andra mål kan nedsätta ersättningen till olika bråkdelar av den fulla ersättningen.

⁹² EG-domstolen C-243/89 och i Danmark domen den 30 maj 1996.

⁹³ Alla exempel från Belgisk Procedural Code. Flera andra medlemsländer är lika uppfinningsrika.

Även om det kan anses ligga utanför NOU:s uppdrag bör det nämnas att de enskilda som lidit skada kan driva en skadeståndstalan mot staten för bristande eller felaktigt införlivande av upphandlingsdirektiven eller EG-rätten i övrigt. Skadeståndet skall då inte utges av den upphandlande enheten utan av staten. Detta framgår av EG-domstolens dom i fallen Frankovich⁹⁴ samt av domen i fallen Brasserie du Pecheur och Factortame.⁹⁵ I de senare uttalas att de nationella domstolarna kan utdöma skadestånd som ersättning för de rättsförluster de enskilda lidit till följd av bristande överensstämmelse mellan EG-rätten och den nationella lagen. Vidare anges där att det inte är möjligt att utesluta ersättning för utebliven vinst i de fall en medlemsstat anses skadeståndsskyldig i förhållande till en enskild.⁹⁶ I domen anges tre förutsättningar⁹⁷

- 1) regeln skulle ge den enskilde vissa rättigheter
- 2) brottet mot EG-rätten skall vara tillräckligt allvarligt
- 3) det skall finnas ett direkt orsakssamband mellan statens ålägganden och den uppkomna skadan.

EG-domstolen har tillämpat de ovannämnda principerna i bl.a. BT-fallet⁹⁸ avseende införlivning av reglerna i direktivet om upphandling inom försörjningssektorerna. Domstolen har funnit att Storbritannien har brutit i sin införlivning av direktivets regler men att felet inte var tillräckligt allvarligt för att kunna grunda skadeståndsskyldighet.

NOU känner inte till att någon har stämt staten till följd av att de gått miste om en prövning i förvaltningsdomstolarna i de fall rätten i enlighet med dåvarande lydelsen av LOU avvisat ansökan om överprövning med hänsyn till att beslut om upphandling var fattat även om avtalet inte hade slutits. Sådan skadeståndstalan är dock enligt NOU:s bedömning fullt möjlig. Samma kan gälla de nyligen avkunnade domarna i Svea och Göta hovrätt i vilka det anges att skadestånd inte kan utgå till följd av att en upphandlande enhet avbrutit en upphandling för att tilldela uppdraget egenregin.⁹⁹

8. EG-kommissionens möjlighet att påtala felaktigheter i enskilda upphandlingar

⁹⁴ Fallen C-6/90 och 9/90 (1991) REG I-5357.

⁹⁵ Fallen C-46/93 och C-48/93 REG (1996) I-1029, punkterna 34 – 37. Arrowsmith anger om domen i PPLR 1996 nr 4: "Of particular interest is the indication that damages must compensate for all losses, which would include loss of profit in procurement cases."

⁹⁶ Wahl, JT 1997-98 nr 2 s. 624 anger "Som anförts redan inledningsvis vore det emellertid enligt min uppfattning olyckligt och sannolikt direkt felaktigt om 6 § kom att begränsas endast till ersättning för kostnader". Hentze och Sylvén delar i "Offentlig upphandling" Wahls uttalande men pekar även på Hellners åsikt att det inte förefaller rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som vid ett giltigen ingånget avtal (s. 468). Jämför också Högsta domstolens som T 1441-96, not 60.

⁹⁷ Kommissionens Study, Nielsen, sid. 190 f. och Hänvisning till artikel i SvJT:

⁹⁸ C-392/93, The Queens Treasury ex parte British Telecommunications plc, REG (1996) I-1631. Domen gällde de gamla direktiven 90/531/EEG.

⁹⁹ Domarna synes strida mot EG-rätten, direktiven och uttalanden i propositionerna, främst prop 1994/95:153, sid. 16. Det kan hävdas att lagstiftaren inte varit tillräckligt klar i sin formulering då reglerna tolkats på olika sätt av de allmänna domstolarna å ena sidan och av förvaltningsdomstolarna och Marknadsdomstolen å andra sidan.

Kommissionen skall givetvis kontrollera att direktivens upphandlingsregler är rätt införlivade i alla medlemsstater. Därmed kontrolleras både att införlivningen överensstämmer med direktivens ändamål och att den nationella tillämpning är rätt. Kommissionen har vidare rätt att begära förklaring i enskilda fall av både staten och den upphandlande enheten. Kommissionen kontrollerar slutligen att rättsmedel på det nationella planet är tillgängliga och effektiva.¹⁰⁰ Behovet av god information på det nationella planet om leverantörernas rättigheter och god kännedom om möjligheter till rättelse betonas i flera kommissionskrifter, såsom grönboken om offentlig upphandling. Det är dock inte säkert att skadeståndsmöjligheter därmed skall anses utgöra ett sekundärt alternativ till de snabba rättelseåtgärderna.

9. Antalet domstolsprövningar i medlemsstaterna

Kommissionens anger att antalet domstolsprövningar starkt varierar mellan medlemsstaterna. Det stora antalet prövningar sker i förvaltningsdomstolar eller motsvarande medan det endast fanns ett fåtal skadeståndsdomar. Alla rättsmedel tycks dessutom i första hand utnyttjas av de inhemska leverantörerna.

NOU vill dock påminna om att rättsmedelsdirektiven har i vissa medlemsstater införlivats i den nationella lagstiftningen först under de senaste åren och att domstolsförfaranden i skadeståndsmål i flera länder tar längre tid än i Sverige. Även i Sverige har vi fått de första hovrättsdomarna först under 1997 och den första domen från Högsta domstolen (avseende en upphandling år 1994) i december 1998.

Kommissionen anger att möjliga förklaringar till att det finns så få skadeståndsfall kan vara

- 1) att skadeståndsmålen tar längre tid, är mera komplicerade och dyrare än förvaltningsprocessen,
- 2) att skadeståndstalan kan leda till förlikning (parterna kan mötas på halva vägen och kan undvika en lång, osäker och kostsam process),
- 3) att kostnaderna och osäkerhet om utgången (inklusive rättegångskostnaderna) kan verka avskräckande för mindre leverantörer och
- 4) att det i praktiken kan vara svårt att styrka att leverantören skulle ha fått kontraktet, vilket vissa nationella regler kräver.

Beträffande prövning i förvaltningsdomstolar kan nämnas att Sverige har det högsta antalet mål, vilket inte är förvånande med tanke på att LOU omfattar även alla upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster. Även Österrike, Danmark, Finland, Tyskland och Nederländerna hade emellertid många domstolsavgöranden. I Storbritannien, Italien, Luxemburg, Grekland, Spanien och Portugal fanns det bara ett fåtal avgöranden och inga alls i Irland. En del av förklaringen även i dessa fall kan vara domstolarnas långa handläggningstider i bl.a. Portugal och Italien (upp till 10 år).¹⁰¹ I andra länder såsom Storbritannien

¹⁰⁰ Gullspångsärendet och även Örestads vindkraftspark kunde ha varit ett sådant ärende.

¹⁰¹ I Italien är förvaltningsdomstolens bifall en förutsättning för att kunna väcka skadeståndstalan.

och Irland kan man möjligen förklara det ringa antalet av avgöranden genom att länderna saknade tradition att överklaga upphandlingar. Målen prövas direkt av High Court varmed förfarandet blir juridiskt mycket formellt och dyrt. Vad beträffar Grekland, Spanien och Portugal kan förklaringen vara att dessa länder inte i tid införlivat de två rättsmedelsdirektiven. Kommissionen anser att bifallsfrekvensen till klagandenas ansökningar är låg.

Källor:

Litteratur

- Study on the remedies applied in the Members States in the field of Public Procurements” (CC/97/12-EN).
Grönboken; Offentlig upphandling inom europeiska unionen, överväganden inför framtiden.
Propositioner, f.f.a. 92/93:88
Sue Arrowsmith, The law of public and utilities procurement
Sue Arrowsmith, Remedies for enforcing the public procurement rules
Sue Arrowsmith, Stop Press i PPLR 1996, 4.
Trepte, Public procurement in the EC
Nils Wahl i JT 1997-98 nr 2 s. 619, Offentlig upphandling - reparation, prevention eller ingendera?
Curt Riberdahl och Ulf Palm, Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, SvJT 1996, sid. 644.
Eskil Nord i Karnov, kommentarer till LOU.
Hellner: Speciell avtalsrätt I Köprätt, sid. 116 och 119
Margareta Hentze och Hans Sylvén: Kommentarer till LOU
Fernández Martín, The EC public procurement rules, A critical Analysis
Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, sid. 9
Hellners m.fl., Nya förvaltningslagen, 3:e uppl., sid. 154 f.
Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter (1998)
Douglas Roos och Pernilla Bjurman, The Law of Public Procurement in Sweden, PPLR.
Adrian Brown, Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement, PPLR 1998
Rhodri Williams, The Commission's role in the Enforcement of the E.C. Public Procurement Rules, (bidrag till konferens i Walles, 1997)
NOU:s rapport Effekter av lagen om offentlig upphandling, 1998
KonkurrenceStyrelsen, EU's udbudsdirektiver
Peter Pagh, Offentlige kontrakter og EF-retten

Rättsfall

Svenska allmänna domstolar (domar av intresse)

- 1) Sala tingsrätt (T 252/94), Svea HovR (T 241/96) och HD (1441-97 HD fastställer Tr:s dom vad gäller 246 000 kr i skadestånd samt

Förvaltningsdomstolarnas långa handläggningstider på upp till 10 år är en av förklaringarna till att man inte kan förvänta sig något större antal skadeståndsdomar från de italienska domstolarna.

- rättegångskostnaderna)
- 2) Lindesbergs Tr. (T 342/94) upphävd i Göta HovR (T 189/96 - kommunen befrias från skadestånd med motiveringen att det inte medför skadestånd när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta den egna verksamheten bedrivas i egen regi.)
 - 3) Solna tingsrätt, (T 1129/95 - positivt och negativt kontraktsintresse)
 - 4) Gävle tingsrätt, (T 195/96 - positivt och negativt kontraktsintresse och rättegångskostnader)
 - 5) Varbergs tingsrätt (T 881/95 - positiva kontraktsintresse, skadeståndet jämkat och vardera parten bär egen rättegångskostnad)
 - 6) Stockholms tingsrätt (T 4-446/96 skadeberäkning 10 miljoner kr)
 - 7) Stockholms tingsrätt (T 7-622/97) och Svea HovR (T 20-98 mellandom - avbruten upphandling vid egenregianbud är inte skadeståndsgrundande)
 - 8) Falu tingsrätt (T 1158/96 ej bifall vid avbruten upphandling följd av direktupphandling; angående bevisbörda)
 - 9) Malmö tingsrätt (T 928/95 ej visad skada trots förhållandevis allvarliga överträdelse av LOU) ändrad av HovR
 - 10) Uppsala tingsrätt (T 889/96, överklagad mellandom angående preskriptionstid och myndighetsutövning).

Förkortningar

LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)
SvJ	svensk Juristtidning
HovR	Hovrätten
UF	Upphandlingsförordningen
UR	Upphandlingsreglemente
REG	EG-domstolens rättsfallssamling
