

<b>Framläggningsdatum</b> 2005-06-12
<b>Publiceringsdatum (elektronisk version)</b> 2005-08-03

<b>Institution och avdelning</b>  <b>Ekonomiska institutionen</b> 581 83 Linköping
---------------------------------------------------------------------------------------------



<b>Språk</b>  Svenska Annat (ange nedan)  _____
----------------------------------------------------------------

<b>Rapporttyp</b>  Licentiatavhandling Examensarbete C-uppsats <input checked="" type="checkbox"/> D-uppsats Övrig rapport  _____
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------


<b>ISBN:</b>
<b>ISRN: Affärsjuridiska programmet</b> <b>2005/25</b>
<b>Serietitel</b>
<b>Serienummer/ISSN</b>

<b>URL för elektronisk version</b> <a href="http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:liu:diva-3193">http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:liu:diva-3193</a>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Titel Rätt till skadestånd enligt upphandlingsreglerna – Utformning av beviskraven för ett rättssäkert och ekonomiskt effektivt upphandlingsförfarande</b>
<b>Författare Sandra Bergström</b>

<b>Sammanfattning</b>  Effektiva skadeståndsregler är ett viktigt verktyg för att skapa en rättssäker och ekonomiskt effektiv upphandling. Effektiva skadeståndsregler skapas bland annat genom att de beviskrav som uppställs på den skadelidande leverantören är möjliga att uppfylla. Detta utan att beviskraven för den skull är allt för lågt ställda eftersom något sådant skulle innebära att en osäker upphandlingsprocess för den upphandlande enheten. En avvägning måste således ske mellan den upphandlande enhetens intresse och den skadelidande leverantörens intresse, då en skadeståndssituation inom upphandlingsrätten uppkommer. En avvägning måste vidare ske ifråga om den kategoriseringen av inom- och utomobligatoriskt skadestånd vilken förkommer inom juridiken. Resultatet av detta är att den juridiska kategoriseringen till viss del måste frångås för att täcka de situationer som kan aktualiseras inom upphandlingsrätten. Vidare når uppsatsens författare resultatet att ett användande av överviktsprincipen är en lämplig metod för att undvika att upphandlande enheter som inte efterlevt upphandlingsreglerna undgår skadestånd på grund av de skadelidande leverantörernas bevisvårigheter.
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Nyckelord</b> Upphandlingsrätt, skadestånd, beviskrav, ekonomisk effektivitet, rättssäkerhet
----------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Defence date</b> 2005-06-12  <b>Publishing date (Electronic version)</b> 2005-08-03	<b>Department and Division</b>  <b>Ekonomiska institutionen</b> <b>581 83 Linköping</b>	 <b>Linköpings universitet</b>
----------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Language</b> Swedish Other (specify below) _____	<b>Report category</b> Licentiate thesis Degree thesis Thesis, C-level X Thesis, D-level Other (specify below) _____	<b>ISBN:</b> <b>ISRN: Affärsjuridiska programmet</b> <b>2005/25</b> <b>Title of series</b>  <b>Series number/ISSN</b>
--------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>URL, Electronic version</b> <a href="http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:liu:diva-3193">http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:liu:diva-3193</a>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Title Right to damages in the Swedish Public Procurement Law – The designing of the demand of vidence for legal security and an economic effective public procurement procedure</b>  <b>Author(s) Sandra Bergström</b>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Abstract</b>  Rules for damages that are effective are important to create legal security and a public procurement that fulfil economic effectivity. Those rules are effectivly created for example when the demand of evidence is possible for the damaged supplier to fulfil. Yet the rules cannot be too low without leading to an uncertain procurement for the public purchaser. Thus one have to balance the interests of a public purchaser against the interests of a damaged supplier. This balance leads to a public procurement involving rules of damages where the public purchaser cannot escape duty of damages just because the demand of evidence is too hard to fulfil.
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Keywords</b>  Upphandlingsrätt, skadestånd, beviskrav, ekonomisk effektivitet, rättssäkerhet
-------------------------------------------------------------------------------------------------------

# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING .....	5
1.1 PROBLEMBAKGRUND .....	5
1.2 PROBLEMFÖRMULERING.....	6
1.3 SYFTE.....	6
1.4 MÅLGRUPP .....	7
1.5 AVGRÄNSNINGAR .....	7
1.6 METOD .....	7
1.7 DISPOSITION .....	9
1.8 SCENARION ATT HA I MINNE VID LÄSANDET AV UPPSATSEN .....	9
2. ALLMÄN SVENSK SKADESTÅNDSRÄTT .....	11
2.1 SKADESTÅNDSLAGEN (1972:207).....	11
2.1.1 Ren förmögenhetsskada.....	11
2.2 BEVISNING.....	12
2.2.1 Kausalsambandet .....	12
2.2.2 Normskyddsläran .....	12
2.2.3 Beviskrav för orsakssamband .....	13
2.2.4 Beviskrav för vållande.....	14
2.2.5 Överviktsprincipen .....	14
2.2.6 Culpa in contrahendo.....	15
2.2.7 Inom- och utomobligatoriskt skadestånd.....	15
2.2.8 Exempel från upphandlingsrätten.....	16
2.3 ERSÄTTNING MOTSVARANDE POSITIVA ELLER NEGATIVA KONTRAKTSINTRESSET .....	17
2.3.1 Reparation och prevention .....	17
2.4 SAMMANFATTNING .....	19
3. OFFENTLIG UPPHANDLING .....	20
3.1 LAGEN (1992:1528) OM OFFENTLIG UPPHANDLING .....	20
3.1.1 Konkurrens.....	20
3.1.2 Offentlig upphandling – i allmänna drag.....	20
3.1.3 Lagens syfte.....	21
3.1.4 Urvalskriterier i förfrågningsunderlaget .....	22
3.1.5 Anbudsutvärdering och tilldelningsbeslut.....	22
3.2 REMEDIER I LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING .....	23
3.3 SAMMANFATTNING .....	23
4. UPPHANDLING OCH SKADESTÅND .....	25
4.1 EG-RÄTTENS INVERKAN.....	25
4.2 SKADESTÅNDSREGLERNA I LOU .....	26
4.2.1 Betydelsen av ”uppkommen skada” i LOU.....	26
4.3 ÖVERTRÄDELSER DÅ SKADESTÅNDSREGLERNA KAN AKTUALISERAS.....	27
4.3.1 Otillåtna urvalskriterier .....	27
4.3.2 Underlåtenhet att annonsera om upphandlingen.....	27
4.4 BEVISNING AV RÄTT TILL SKADESTÅND .....	29
4.4.1 Skillnad i kraven på bevisning mellan 6 § och 7 § i 7 kap LOU.....	30

4.4.2 Jämknin g av skadeståndet .....	31
4.4.3 Identifierin g av skadelidande anbudsgivare.....	32
4.4.4 Praxis där beviskrav för upphandlingsrättsligt skadestånd diskuteras .....	32
4.5 SAMMANFATTNING .....	35
5. UTGÅNGSPUNKTER VID ANALYS AV BEVISKRAVEN .....	36
5.1 EKONOMISK EFFEKTIVITET .....	36
5.1.1 Beskrivning av begreppet .....	36
5.1.2 Transaktionskostnadsteorin.....	37
5.1.3 Ekonomisk effektivitet inom upphandlingsrätten.....	38
5.2 PROBLEMFÖRMULERINGARNA UR ETT RÄTTSEKONOMISKT PERSPEKTIV .....	39
5.2.1 Skyddsvärda intressen .....	39
5.3 RÄTTSSÄKERHET .....	41
5.3.1 Förutsebarhet.....	41
5.3.2 Rättvisa .....	42
5.3.3 Flexibilitet och stabilitet.....	42
5.4 PROBLEMFÖRMULERINGARNA UR ETT RÄTTSSÄKERHETSPERSPEKTIV.....	42
5.4.1 Leverantörens rättssäkerhet .....	43
5.4.2 Upphandlande enhetens rättssäkerhet .....	43
5.5 EKONOMISK EFFEKTIVITET OCH RÄTTSSÄKERHET .....	44
5.6 KRITIK AV METODERNA.....	45
5.6.1 Brister med metoderna .....	45
5.6.2 Resultatets användbarhet .....	46
5.7 SAMMANFATTNING .....	46
6. ANALYS.....	48
6.1 PROBLEM MED NUVARANDE REGLER .....	48
6.2 BÖR EN SKILLNAD I BEVISKRAVEN FÖRELIGGA? .....	48
6.2.1 Den juridiska systematikens gränser.....	49
6.2.2 Positivt och negativt kontraktintresse.....	50
6.2.3 En skillnad i beviskraven bör föreligga.....	52
6.3 HUR SKALL BEVISKRAVEN FORMULERAS?.....	52
6.3.1 Begrepps användning för fastställda beviskrav.....	53
6.3.2 Beviskrav som främjar ekonomisk effektivitet och rättssäkerhet.....	54
6.3.3 Rättssäkerhet kontra ekonomisk effektivitet.....	55
6.4 FÖLJDER AV EN BEGRÄNSAD RESPEKTIVE UTÖKAD SKADESTÅNDRÄTT .....	56
6.4.1 Högt beviskrav – begränsad skadeståndsrätt .....	56
6.4.2 Lågt beviskrav – utökad skadeståndsrätt.....	57
6.5 KORT ANGÅENDE, I AVSNITT 1.8 BESKRIVNA SCENARION .....	59
7. RESULTAT OCH AVSLUTANDE SAMMANFATTNING .....	61
8. KÄLLFÖRTECKNING.....	64

# 1. INLEDNING

## 1.1 Problembakgrund

Möjlighet till skadestånd vid en offentlig upphandling är ett viktigt verktyg i arbetet att säkerställa en mer tillförlitlig och rättvis upphandling. I dagsläget råder emellertid en osäkerhet kring vilka **beviskrav** som uppställs för att skadestånd skall utdömas. Rättsosäkerheten på området medför att skadeståndsrätten, som ett av de remedier i lagen om offentlig upphandling (LOU), till viss del blir ett tandlöst redskap. Den offentliga upphandlingen i Sverige uppgår till ca 400 miljarder kronor per år.<sup>1</sup> Genom att fungerande skadeståndsregler finns på området, kan en större trygghet skapas kring dessa upphandlingar. Enligt de upphandlingsrättsliga skadeståndsreglerna kan olika typer av skadestånd utges i olika fall. En möjlighet till skadestånd för anbudsgivarna medför en trygghet ifråga om att upphandlingen kommer att gå rätt till, medan en risk för skadestånd för den upphandlande enheten innebär en ökad noggrannhet i upphandlingsförfarandet. Ökad noggrannhet kräver också ökade ansträngningar från den upphandlande enhetens sida.

Beroende på vilken ersättning leverantören begär uppställs olika beviskrav. Det förefaller emellertid vara oklart vilka beviskrav som bör uppställas i olika situationer. En högre bevisning angående leverantörens förlust av kontraktet krävs för att ersättning för uteblivna intäkter skall utges – jämfört med den bevisning som uppställs för att ersättning för utlagda kostnader skall utges. De intressen som ställs mot varandra är således leverantörens rätt till en rättvis upphandling och den upphandlande enhetens rätt att välja leverantör utan att riskera stora skadestånd.

LOU består av förfaranderegler, vilka behandlar olika delar av upphandlingsprocessen. En förutsättning för lagens efterföljande består i att skadeståndsmöjligheter eller andra remedier finns och faktiskt fungerar. För att så skall vara fallet måste de beviskrav som uppställs på den missgynnade anbudsgivaren vara möjliga att uppfylla. Skadeståndsmöjligheten är nämligen det remedium som aktualiseras efter det att ett avtal redan har slutits. Samtidigt vore det förödande för de upphandlande enheternas del ifall alltför låga krav uppställs på de anbudsgivare som skall bevisa sin rätt till skadestånd.<sup>2</sup> En ökad skadeståndsrisk för de upphandlande enheterna kan dessutom innebära att färre offentliga upphandlingar genomförs. Att utveckla underlag in i minsta detalj för att på så vis kunna välja anbud utan att riskera skadestånd innebär ökade kostnader för den upphandlande enheten. Förutsatt att flera anbudsgivare anser sig bort ha vunnit kontraktet i en viss upphandling, kan ersättningsskyldigheten för den upphandlande enheten uppgå till stora belopp, försåvitt den upphandlande enheten tvingas ersätta **flera** anbudsgivare som gått miste om kontraktet. Detta torde vara fallet då det finns flera anbudsgivare som har kunnat bevisa att de borde ha fått kontraktet tilldelat sig. En sådan ersättningsskyldighet skulle naturligtvis avvika från det resultat som kan uppkomma i verkligheten. Vid en rätteligen genomförd upphandling är det självfallet inte möjligt att fler leverantörer än en enda tilldelas kontraktet och får betalt för detsamma. I ett fall då flera skadelidande begär ersättning på grund av skada orsakad av den upphandlande enheten, kan enheten drabbas av ett skadeståndsanspråk som är

---

<sup>1</sup> ”Kort om NOU och LOU”

<sup>2</sup> SOU 1999:139 s. 315ff

mer betungande än det totala värdet av själva upphandlingen. Vid alltför betungande skadeståndsrisker kan de upphandlande enheterna föredra att få tjänsterna utförda internt. Detta skulle i sin tur leda till att konkurrensen på marknaden hämmas.

Som nämnts ovan är det beviskrav som uppställs på den förfördelade beroende av vilken **typ av ersättning**<sup>3</sup> som yrkas. Skadeståndet kan antingen täcka de **kostnader** som den missgynnade anbudsgivaren utlagt eller den **vinst** (i form av intäkter) som den missgynnade anbudsgivaren skulle ha gjort om denne hade fått kontraktet tilldelat sig.<sup>4</sup> I allmän skadeståndsrättslig praxis är fastslaget att ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset endast kan utgå i avtalsförhållanden. I de fall denna princip efterföljs kan man konstatera att, ersättning motsvarande de intäkter om den skadelidande har gått miste om inte kan utfås i och med att något kontraktsrättsligt förhållande inte har uppkommit mellan den skadelidande och den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten kommer således lindrigare undan enbart av den anledningen att ett avtalsförhållande inte är förhållande mellan de båda parterna!

För att komma fram till i vilken utsträckning ersättning skall kunna lämnas, vilken typ av ersättning som skall kunna aktualiseras, samt vilka krav som skall ställas på bevisningen, bör flera faktorer tas i beaktande. **För det första** bör fördelarna med en väl detaljerad lagstiftning, innebärande tryggande av leverantörernas rättigheter, vägas mot den brist på flexibilitet som uppstår i och med en detaljrik lagstiftning. Häri ingår också ett hänsynstagande till de kostnader som en stor exakthet av upphandlingen innebär, eftersom effektiviteten i upphandlingen kan hämmas. En lag om offentlig upphandling som saknar en detaljerad reglering av de sanktioner som finns för att trygga lagens efterföljande kommer emellertid att hämma rättssäkerheten. **För det andra** bör beaktas att skadeståndsskyldigheten mot de upphandlande enheterna kan komma att bli alltför omfattande och tyngande vid lågt ställda beviskrav från anbudsgivarens sida. Den önskvärda effekten med skadeståndsmöjligheten är emellertid att upphandlande enheter avskräcks från att överskrida upphandlingsreglerna. Detta torde vara fallet då möjligheterna för flera leverantörers skadestånd underlättas. **För det tredje** bör ett resonemang föras, kring huruvida den juridiska kategoriseringen i inom- och utomobligatoriska förhållanden, skall kunna begränsa rätten till skadestånd i upphandlingssammanhang och i sådant fall i vilken mån detta får ske.

## 1.2 Problemformulering

Bör skillnad i beviskraven föreligga beroende av vilken typ av skadestånd som den missgynnade leverantören begär? Hur skall i sådana fall denna skillnad i beviskraven formuleras och motiveras med hänsyn till rättssäkerhet och ekonomisk effektivitet?

## 1.3 Syfte

Uppsatsens syfte är att, utreda dels vilka beviskrav för rätt till skadestånd som skall ställas på den leverantör vars anbud ej antogs, dels analysera huruvida uppställda

---

<sup>3</sup> Med detta uttryck menas, genomgående i uppsatsen, antingen skadestånd motsvarande det positiva eller det negativa kontraktsintresset.

<sup>4</sup> Se bl.a. Hellner, *Upphandling och skadestånd* och Wahl, *Offentlig upphandlingsrätt och skadestånd*.

beviskrav påverkas och förändras beroende av vilken typ av skadestånd som yrkas på. Ett ytterligare syfte med uppsatsen är att analysera hur konsekvenserna av möjliga beviskrav, det vill säga resultatet av utredningen, kan förväntas överensstämma med ekonomiska effektivitetsteorier samt rättssäkerhetsaspekter. Ett övergripande syfte, vilket följer med de ovanstående, består i att analysera huruvida en av juridikens mest centrala tudelning överensstämmer med de behov av regleringar som skapas i samhället.

## **1.4 Målgrupp**

Uppsatsen riktar sig främst till upphandlande enheter samt nuvarande och framtida potentiella leverantörer i en offentlig upphandling. Uppsatsen riktas även till andra, studenter eller yrkesutövare, som vill fördjupa sina kunskaper i utformandet av bevisregler vid upphandlingsrättsligt skadeståndsansvar.

Viss juridisk allmänbildning erfordras för förståelsen av uppsatsen och därmed kommer grundläggande juridiska begrepp inte att förklaras i uppsatsen. Istället hänvisar författaren till gängse definitioner, utom i de fall när förklaring krävs för diskussionen.

## **1.5 Avgränsningar**

I uppsatsen behandlas bevisningen av rätten till skadestånd inom offentlig upphandling. Således gör författaren inte anspråk på att lämna en fullständig genomgång av svensk allmän skadeståndsrätt. I uppsatsen berörs inte heller andra remedier än just möjligheten till skadestånd i större utsträckning än vad som är nödvändigt för uppsatsens förståelse och för relevanta diskussioner. Trots att en nära koppling finns mellan skadeståndsrätt och försäkringsrätt kommer författaren i uppsatsen helt att bortse från parternas möjlighet att teckna försäkringar. Frågor gällande beräkningen av skadeståndet berörs främst i syfte att fastställa hur bevisningen av rätt till skadestånd skall gå till i olika fall. Hur beräkningen skall gå till rent praktiskt är således inte föremål för utredning i uppsatsen.

## **1.6 Metod**

Uppsatsen syftar som ovan nämnts till att utreda vilka beviskrav som skall uppställas vid ersättningsyrkanden av olika typ. Härmed föreligger ett samspel mellan skadeståndsrätt och upphandlingsrätt. För att fastställa detta samspel skall en genomgång av upphandlingsrätten och skadeståndsrätten först och främst ske var för sig, med utnyttjande av mestadels lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. I den skadeståndsrättsliga delen kommer betydelsen av beviskravsbegreppet att fastställas för att detta sedan skall kunna appliceras på upphandlingsrätten. Detta kommer att ske genom att se till hur begreppet används i andra skadeståndsrättsliga sammanhang samt genom att se till upphandlingsrättsliga förarbeten och kommentarer av begreppet. I den efterföljande delen sker en beskrivning av de upphandlingsrättsliga skadeståndsreglerna, med hjälp av förarbeten och kommentarer till LOU. Till viss del kommer även EG-rättslig lagstiftning att användas. Därefter kommer en sammankoppling av de båda

rättsområdena att ske för att applicera beviskravens allmänna betydelse på upphandlingsrätten.

Som utgångspunkt, och så långt detta är möjligt, kommer författaren således att använda svensk och europarättslig lagtext, förarbeten, praxis och doktrin för att utröna vilken bevisning som krävs för en leverantörs möjlighet till skadestånd. Informationen angående hur bevisnings- och beräkningsproblematiken skall lösas är emellertid högst begränsad i nämnda källor, varför det vidare syftet med uppsatsen är att genomföra en konsekvensanalys av beviskravens uppställande med ekonomisk effektivitet samt parternas rättssäkerhet som utgångspunkt. Författaren kommer härmed att använda olika ekonomiska effektivitetsteorier för att finna svar på hur högt beviskrav som bör uppställas utifrån en viss teori. När författaren nått ett resultat baserat på ekonomisk effektivitetsargumentation skall författaren genomföra en liknande utredning med fokus på hur reglerna bör utformas för att på bästa sätt uppfylla de krav på balans mellan dels rättssäkerheten på området, dels flexibilitet i upphandlingsförfarandet (för att inte hindra upphandlingar). Ovan framgår alltså att författaren särskiljer utgångspunkterna ekonomisk effektivitet respektive rättssäkerhet. Utöver detta kopplar författaren emellertid samman alternativen eftersom en balans bör förekomma även mellan dessa två perspektiv. Anledningen till att konsekvensen ekonomisk effektivitet har valts som fortsatt metod beror på att LOU är en näringsrättslig lagstiftning vilken torde, åtminstone delvis, ha tillkommit med ekonomiska målsättningar. Således kan ekonomiska teorier vara till hjälp vid bestämmandet av vad som står i överensstämmelse med det som eftersträvas med lagstiftningen.

Som ovan nämnts skall konsekvensanalysen genomföras också med utgångspunkt i rättssäkerhetsaspekter. Detta av den anledningen att rättssäkerhet alltid är en viktig del av en lagstiftning varför ett resultat som inte uppfyller kraven på rättssäkerhet inte heller kan vara eftersträvansvärt. För att kunna använda rättssäkerhetsargument måste först fastslås vad som är rättssäkerhet samt hur rättssäkerheten ter sig för de olika parterna. Därefter kan ett svar på frågan vilka krav på bevisning som skall uppställas vid begäran om en viss typ av skadestånd, lämnas utifrån rättssäkerhetsaspekter.

De valda metoderna kräver att en reduktion sker av de skyddsvärda intressen som kan aktualiseras. Detta innebär att det uppnådda resultatet kan kritiseras med andra argument än de valda. Författaren kommer därför att ha ett kritiskt förhållningssätt till metoderna och ifrågasätta de resultat författaren uppnår i och med användandet av dessa.

I vissa fall kan rättssäkerhet och ekonomisk effektivitet komma att ge motstridiga resultat. För att då fastslå vilket resultat som bör användas kommer rättviseargument att användas samt sådana argument som kan anses stämma överens med det samhälleliga syfte LOU kan sägas ha. Precis som beskrivits ovan angående teorierna gällande ekonomisk effektivitet och rättssäkerhet måste även dessa rättviseargument baseras på sådana fakta som beskriver rättvisan.

Slutligen skall författaren kritiskt diskutera och ifrågasätta de juridiska reglernas tillräcklighet, eftersom dessa i vissa fall inte är anpassade till en föränderlig verklighet.



## 1.7 Disposition

I de två första kapitlen sker en genomgång av skadeståndsrättens allmänna svenska principer samt av upphandlingsrättens grundläggande regler, vilka är av intresse för den fortsatta framställningen. Därefter sammankopplas dessa två delar, genom att skadeståndsrättens principer appliceras på upphandlingsrätten.

I efterföljande kapitel beskrivs ekonomisk effektivitet, rättssäkerhet samt rättviseargument, vilka kommer ha en stor betydelse för den analysdel som senare följer, nämligen då skadeståndsrätten inom upphandlingsrätten behandlas med utgångspunkt i de konsekvenser som dessa teorier medför. Löpande problematisering förekommer också på olika ställen i uppsatsen, för att göra läsaren uppmärksam på uppsatsens problemformuleringar, vilka senare kommer att analyseras.

Avslutningsvis analyseras konsekvenserna av resultatet samt dess överensstämmelse med de under metodavsnittet valda utgångspunkterna för att bestämma om resultatet går att anta utifrån dessa. Dessutom kommer eventuella alternativ till det som framkommit att diskuteras. Författaren kommer, i och med den löpande problematiseringen, dessutom att implementera viss analys löpande i uppsatsen.

## 1.8 Scenarion att ha i minne vid läsandet av uppsatsen

De scenarion som nedan beskrivs är konstruerade huvudsakligen med utgångspunkt i rättsfallet NJA 2000 s. 712, och de uttalanden som görs i detta. Scenariona går att applicera på uppsatsens problembakgrund samt i uppsatsens kommande beskrivningar av beviskraven vid ett ersättningsyrkande. Senare i uppsatsen återkopplas därför fortlöpande till nedanstående scenarion, för att förklara uppkommen problematik.

I ovan nämnda rättsfall fastslås att ”oavsett hur ersättningen närmare skall bestämmas i det enskilda fallet när ersättningsyrkandet avser annat än endast kostnader får det anses stå klart att beviskravet för att leverantören har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen måste vara högre i dessa fall än när ersättningsyrkandet avser kostnader.”<sup>5</sup> De första två scenariona behandlar således beviskravens uppställande beroende av vilket skadeståndsanspråk leverantören har – det vill säga anspråk på skadestånd motsvarande vinsten eller motsvarande utlagda kostnader:

### **Scenario 1: (ekonomiskt mest fördelaktiga anbud efter annonsering)**

Kommunen K har, efter annonsering och utgivande av förfrågningsunderlag, tilldelat kontraktet till leverantör Y eftersom kommunen K ansett leverantören Y har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Leverantör X anser att detta är en orättvis bedömning och vill därför få ersättning för de kostnader som leverantören X har utlagt på att arbeta fram ett anbud till kommunen K. Anledningen till att X anser sig vara en bättre lämpad leverantör är att de tilldelningskriterier, vilka kommunen har uppställt uppfylls till punkt och pricka av leverantör X.

Härmed inte sagt att X också skall bevisa att Y *inte* uppfyllde dessa kriterier lika väl som X. Det är nämligen oklart huruvida X har uppådat tillräcklig bevisning genom att

---

<sup>5</sup> NJA 2000 s. 712

visa att det egna anbudet uppfyller tilldelningskriterierna. Alternativet torde vara att X, utöver denna bevisning, dessutom måste visa att Y:s anbud ej borde ha antagits. I och med offentlighetsprincipen finns i och för sig tillgång till alla anbud. Detta skulle emellertid innebära att en ny (hypotetisk) upphandling i princip måste genomföras i domstolsprövningen.<sup>6</sup>

### **Scenario 2 (utan föregående annonsering – positiva kontraktsintresset)**

Leverantören X har fått reda på att Kommunen K har givit ett eftertraktat tjänstekontrakt till leverantören Y utan föregående annonsering och upphandling. Tjänsten är en så kallad A-tjänst<sup>7</sup> som ligger över tröskelvärdet, vilket innebär att kommunen K är skyldig att annonsera upphandlingen innan kontraktet tilldelas någon leverantör. Leverantören X vill nu få ersättning för den vinst som ett erhållande av kontraktet hade inneburit för denne.

Vad behöver leverantören X bevisa för att ersättning för det förlorade kontraktet skall utges? Vilket beviskrav uppställs för denna ersättning? Vad skall krävas av Kommunen K för att denna skall vara skyddad från skadeståndsanspråk vid varje upphandlingssituation?

Högsta domstolen fortsätter sitt uttalande och konstaterar; ”ett sänkt beviskrav innebär ofrånkomligen att en upphandlande enhet riskerar att få betala ersättning till flera leverantörer trots att endast en av leverantörerna skulle kunna ha fått kontraktet”.

### **Scenario 3: (Flera leverantörers rätt till skadestånd – beviskrav?)**

Flera leverantörer anser sig försatta i samma situation som leverantören X i de två ovanstående alternativa situationerna. Kan alla dessa leverantörer begära ersättning i de båda fallen? Kan flera av dessa anses ha uppnått uppställda beviskrav och således få ersättning för förlorade kostnader eller förlorade intäkter på grund av förlorat kontrakt? Om så är fallet, vilka blir konsekvenserna av detta?

Alla instanser kom i den aktuella domen fram till att möjlighet till ersättning för det positiva kontraktsintresset i och för sig kan finnas enligt LOU 7:6. I domen beskrivs också nyanseringen – vilken kommer att analyseras nedan – av beviskraven för att det negativa respektive det positiva kontraktsintresset skall ersättas. Utifrån ovanstående beskriva scenarion sker i det kommande en konsekvensanalys, utifrån rättsäkerhets- och rättsekonomiska utgångspunkter, av att dessa beviskrav uppställs och av att eventuellt flera leverantörer kan uppfylla samtliga beviskrav och därmed eventuellt ha rätt till ersättning.

---

<sup>6</sup> Detta diskuteras närmare i kapitel 6, se exempelvis avsnitt 6.2.1

<sup>7</sup> En A-tjänst skall annonseras på gemenskapsnivå då den uppnår en viss storlek. För statliga myndigheter är tröskelvärdet 130 000 särskilda dragningsrätter. För övriga är tröskelvärdet det lägsta av 200 000 euro eller 200 000 särskilda dragningsrätter.

## 2. ALLMÄN SVENSK SKADESTÅNDRÄTT

I detta kapitel följer en genomgång av allmän skadeståndsrätt. I vissa hänseenden görs också kopplingar till vad de skadeståndsrättsliga principerna innebär i ett upphandlingsrättsligt sammanhang.

Först och främst kan syftet med skadeståndsrätten sägas vara att sätta den skadelidande i samma ekonomiska ställning som om skadan ifråga aldrig hade inträffat. Denna allmänna princip nyanseras beroende på flera olika förutsättningar. Regeln gäller huvudsakligen i de fall då något avtalsförhållande mellan parterna inte existerar, d.v.s. i utomobligatoriska förhållanden. I inomobligatoriska förhållanden kan nämligen avtalsparterna själva komma överens om vilka skadeståndsregler som skall gälla. Skadeståndet kan uppfylla ett preventivt eller ett reparativt syfte, beroende av vilken avsikten är med detsamma. Om skadeståndet aktualiseras inom eller utom ett avtalsförhållande kan få betydelse för om ett preventivt eller reparativt skadestånd skall kunna utdömas. I upphandlingsrättsliga förhållanden, som uppsatsen berör, aktualiseras både den utomobligatoriska och den inomobligatoriska skadeståndsrätten. Detta eftersom den leverantör som vill kräva skadestånd av den upphandlande enheten, inte alltid har ingått ett direkt kontraktsförhållande med den upphandlande enheten. Nedan kommer också diskuteras huruvida denna uppställning är alltför statisk eftersom gränsfall kan förekomma mellan inom- och utomobligatoriska skadesituationer.<sup>8</sup>

### 2.1 Skadeståndslagen (1972:207)

Skadeståndslagen är relativt allmänt utformad, i syfte att kunna täcka stora delar av såväl den utomobligatoriska skadeståndsrätten som av skadeståndsrätten inom kontraktsförhållanden. Den kortfattade lagstiftningen är emellertid i stor utsträckning utvecklad med hjälp av praxis. Flera av de principer, vilka beskrivs i det kommande, finns således enbart fastslagna i praxis.

#### 2.1.1 Ren förmögenhetsskada

Med ren förmögenhetsskada menas sådan skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada, enligt SkL 1:2. Ett försämrat rörelseresultat i ett företag är således ett typexempel på en ren förmögenhetsskada. Denna typ av förmögenhetsskada är dock inte alltid ersättningsgill. Exempelvis kan förmögenhetsskadan uppkomma genom konkurrens, vilket är fullt tillåtet så länge skäliga konkurrensmedel använts. Huvudregeln när en ren förmögenhetsskada har uppkommit är att skadan ersätts när den är en följd av en brottslig handling. Både genom praxis och lagstiftning har denna regel emellertid förändrats och utvidgats, vilket innebär att ren förmögenhetsskada kan ersättas i fler fall.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Se nedan under avsnitt 6.2.1

<sup>9</sup> Hellner, Skadeståndsrätt s. 88

## 2.2 Bevisning

Olika bevisning krävs för att skadestånd skall utdömas i olika fall. Anledningen till att bevisning är en stor del av problematiken för att ett skadestånd skall kunna utges är att den skadelidande själv får stå för skador som uppkommit slumpmässigt eller på grund av en olyckshändelse. Den skadelidande skall alltså bevisa att skadan inte varit orsakad av en olyckshändelse eller liknande.

### 2.2.1 Kausalsambandet

För att skadestånd skall kunna utdömas, förutsätts att skadan är en följd av ett visst handlande. Denna handling måste vara en ansvarsgrundande handling vilken dessutom skall ha ett samband med den uppkomna skadan.<sup>10</sup> Den skadelidande kan alltså inte kräva motparten på skadestånd då skadan är en ren olyckshändelse eller då den är orsakad av en icke-ansvarsgrundande handling. I upphandlingsrätten innebär detta att skadestånd endast kan utdömas då den upphandlande enhetens klandervärda agerande är orsaken till den uppkomna skadan. Den skadelidande måste normalt sett bevisa att de rekvisit som krävs för rätt till ersättning är uppfyllda. Således skall den skadelidande bevisa att en ansvarsgrundande handling har företagits, att en skada har uppkommit, samt att ett samband föreligger mellan dessa två faktorer. Då fråga är om ett inomobligatoriskt skadeståndsansvar brukar denna kausalitet ofta vara enkel att bevisa, i och med att ett avtalsbrott ofta orsakar skadan, medan det däremot finns fler svårigheter med att fastställa kausaliteten i utomobligatoriska skadeståndssituationer. Exempelvis är, som nedan kommer att beskrivas, direktupphandling en ansvarsgrundande handling vilken kan leda till en skada. En leverantör kan dock förlora ett kontrakt av diverse olika anledningar, som inte beror på ansvarsgrundande handlingar, vilket således innebär att kausaliteten inte uppfylls i dessa fall. Går anbudsgivaren miste om kontraktet på grund av att han inte lämnat det bästa anbudet, skulle han naturligtvis inte ha gjort en vinst även om upphandlingen gått rätt till. Således brister kausalsambandet i ett sådant fall.

### 2.2.2 Normskyddsläran

Ett komplement till adekvansbedömningen som beskrivits ovan, är den så kallade normskyddsläran, eller läran om skyddat intresse, vilken vunnit erkännande i praxis. Denna princip tillämpas både i kontraktsförhållanden och i utomobligatoriska förhållanden. Innebörden av principen är att, trots att adekvat kausalitet föreligger, mellan handling och skada, ersätts i vissa fall inte skadan. Motivet till principen kan antas vara att den lagregel som omfattas av normskyddsläran, inte anses finnas till i den skadelidandes intresse. Vid tillämpningen av principen ses alltså till varför normen finns och vem lagstiftaren vill skydda i och med normen.<sup>11</sup>

---

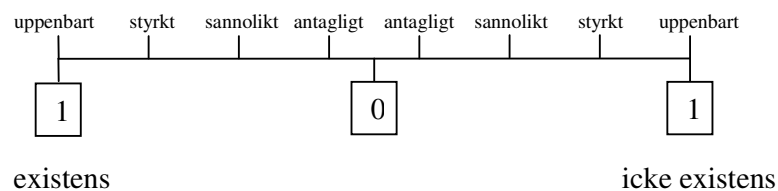
<sup>10</sup> Diesen, Prövning av skadestånd, s. 24

<sup>11</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, s. 212

### 2.2.3 Beviskrav för orsakssamband

Som ovan nämnts ligger bevisbördan på den skadelidande parten, både vad gäller att visa på uppkommen skada och att bevisa sambandet mellan denna skada och en viss ansvarsgrundande handling. Olika beviskrav används därefter för att bestämma med vilket mått av sannolikhet den skadelidande måste bevisa skadan. Ur de allmänna principer för beviskrav som finns går i dagsläget ej att utläsa vilket mått av sannolikhet som krävs i varje enskilt fall. I relevant doktrin<sup>12</sup> har länge diskuterats hur denna problematik skall lösas. Vissa författare föreslår att ett fåtal begrepp skall användas i bestämd betydelse för att kunna fastslå vilken grad av sannolikhet som förutsätts i olika fall.<sup>13</sup> Så är emellertid inte fallet idag utan olika benämningar på beviskraven används utan att innebörden i dessa preciseras närmare. Det normala beviskravet är att den skadelidande skall **styrka** ett visst faktum.<sup>14</sup> Exempelvis skall den skadelidande kunna styrka orsakssambandet, vilket har beskrivits ovan. I vissa fall uppställs ett lägre beviskrav för att underlätta den skadelidandes möjligheter till ersättning vid skada. I ytterligare andra fall vill man istället höja beviskraven för att skydda den eventuellt skadevällande från oriktiga skadeståndsanspråk. Enligt det schema som Ekelöf använder sig av innebär ett lägre ställt beviskrav att den skadelidande endast behöver göra det **antagligt** eller **sannolikt** att skadan beror på den vållandes handling.<sup>15</sup> Då högre bevisning än ”styrkt” krävs, skall den skadelidande kunna bevisa **uppenbar** kausalitet. Detta är emellertid inga gängse begrepp utan olika styrka på beviskraven framkommer i olika fall. Inte heller i domstolen har en allmän användning av begreppen utformats.<sup>16</sup> I enlighet med figur 1 (Ekelöfs beviskala), kan punkterna 1 anses beteckna att ett rättsfaktums existens respektive icke-existens är fullkomligt **säker**. I mitten av skalan finns en 0-punkt där ingen av parterna har bevisat ett visst rättsfaktum starkare än den andra.

Figur 1.



I uppsatsen skall, som ovan nämnts, utredas vilket beviskrav som uppställs för att en leverantör skall utfå skadestånd av en upphandlande enhet vilken inte har följt de upphandlingsrättsliga reglerna. Vilket beviskrav som uppställs har i sin tur betydelse för vilken ersättning som den missgynnade leverantören anser sig ha rätt till. Högsta domstolen har uttalat att beviskravet bör sättas lägre då leverantören begär ersättning för förlorade kostnader, jämfört med om samma leverantör begär ersättning för förlorad inkomst i ett upphandlingsförfarande. Se mer om detta nedan.<sup>17</sup>

Till frågan om beviskrav kopplas också diskussionen om flera skadelidande kan uppfylla dessa krav och därmed få ersättning för skadan. Så är troligen fallet, vilket

<sup>12</sup> Jmf bl.a. Hellner, Bolding m.fl.

<sup>13</sup> Jmf exempelvis Bolding, Ekelöf

<sup>14</sup> Ekelöf, Rättegång, fjärde häftet s. 140

<sup>15</sup> Ekelöf, Rättegång, fjärde häftet s. 140.

<sup>16</sup> Ekelöf, Rättegång, fjärde häftet s. 71

<sup>17</sup> Se nedan under avsnitt 4.4

kommer att visas nedan.<sup>18</sup> Eftersom någon praxis inte finns som klargör huruvida flera skadelidande skall kunna ersättas, och vilka beviskrav för kausalsambandet som i sådant fall bör uppställs, har Leffler gjort följande jämförelse med jämställdhetsmål.<sup>19</sup> I ett sådant EG-rättsligt mål har nämligen fastslagits att även de arbetssökande som inte skulle ha fått anställning, hade rätt till skadestånd då en arbetsgivare, på könsdiskriminerande grunder, har underlåtit att beakta vissa ansökningar.<sup>20</sup> Med denna analogi till jämställdhetsmål, skulle man kunna konstatera att kausalsambandet kan bevisas av flera olika skadelidande arbetssökande samtidigt, både vad gäller ersättning för utlagda kostnader och för utebliven vinst. Med denna bakgrund anser Leffler ett rimligt antagande vara att ett liknande resonemang kan föras även i upphandlingsrättsliga mål.<sup>21</sup>

#### **2.2.4 Beviskrav för vållande**

En skadelidande anses som huvudregel ha bevisbördan för att oaktsamhet har förekommit.<sup>22</sup> Den omständigheten att en skada har inträffat talar i många fall för att någon har brutit i aktsamheten. Undantagsfall kan förekomma då skadan måste ha orsakats på grund av uppsåtligt eller grovt vårdslöst beteende. Hur det förhåller sig i upphandlingsrättsliga fall är oklart. Vissa författare<sup>23</sup> hävdar att rätt till ersättning endast kan uppkomma då den upphandlande enheten förfarit uppsåtligt. Detta torde också vara fallet om huvudregeln vid ren förmögenhetsskada efterföljs. Detta eftersom ren förmögenhetsskada endast ersätts då skadan är en följd av en brottslig handling, vilken ofta torde ha begåtts uppsåtligt.<sup>24</sup> I och med att denna regel, med hjälp av praxis, har förändrats, kan emellertid finnas en möjlighet till ersättning också vid betydande oaktsamhet. Det kan också påpekas att EG-domstolen inte kräver bevisning av uppsåt avseende brott mot de fyra friheterna.<sup>25</sup> Har således en upphandlande enhet uppsåtligt handlat för att diskriminera en viss leverantör behöver detta inte bevisas, utan istället räcker det att den diskriminerade visar på negativ effekt på den fria rörligheten.

#### **2.2.5 Överviktsprincipen**

I samband med en diskussion kring beviskrav kan det också vara relevant att nämna överviktsprincipen, vilken skulle kunna aktualiseras då risken för en felaktig dom bör fördelas mellan parterna.<sup>26</sup> Principen innebär att minsta bevismässiga övervikt för den ena eller andra parten är tillräckligt för att denne vinner målet. Detta synsätt står således i motsats till ovanstående beskrivna synsätt där Ekelöfs skala har beskrivits med olika bevisvärden som används. Överviktsprincipen kan således användas då flera skadelidande för en skadeståndstalan som endast en av dem kan vinna. Samma princip kan också användas vid tvistelösning. Exempelvis då två parter skall visa vem som gjort

---

<sup>18</sup> Se nedan under avsnitt 6.3.3

<sup>19</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 495

<sup>20</sup> Case C-180/95 Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice.

<sup>21</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 495

<sup>22</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, s. 145

<sup>23</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, s. 474

<sup>24</sup> 2 kap 2 § Skadeståndslagen

<sup>25</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 496

<sup>26</sup> Lindell, Civilprocessen, s. 424

sig skyldig till avtalsbrott. Kritik mot överviktsprincipen kan te sig motiverad av flera anledningar. Framförallt skulle metoden innebära att minsta obetydliga sannolikhetsövervikt skulle innebära att tillräcklig bevisning har uppåddats. Beviskravet är således mycket lågt ställt.<sup>27</sup> Denna problematik kan emellertid lösas genom att man först och främst kräver att båda parter uppnått en viss nivå av bevisning – därefter sker en tillämpning av överviktsprincipen. Även om en sådan metod används kan dock kritik i form av rättssäkerhetsaspekter framföras mot överviktsprincipen.<sup>28</sup>

### ***2.2.6 Culpa in contrahendo***

Vid avtalslut mellan privata avtalsparter kan culpa in contrahendo föreligga. Med detta begrepp menas att oaktsamhet har förelegat vid ingåendet av avtalet eller vid förberedelserna inför ett avtals ingående. Denna oaktsamhet kan bestå, antingen i att ena parten lämnar oriktiga upplysningar till den andra vid ingående av avtalet, eller i att ett preliminärt avtal aldrig blir bindande.<sup>29</sup> Redan förhandlingar om avtal och andra förberedelser skall kunna medföra förpliktelser för parterna, om än inte lika långtgående som då ett avtal faktiskt har kommit till stånd. Principen har således ett nära samband med den lojalitetsplikt mellan avtalsparter vilken utgör en avtalsrättslig allmän princip. Fråga uppkommer i detta sammanhang huruvida lojalitetsplikten, och därmed culpa in contrahendo, skall kunna aktualiseras vid en offentlig upphandling. Det är i ett sådant fall inte fråga om två privata avtalsparter, utan det är det allmänna som sluter avtal med en privat avtalspart. Trots att LOU reglerar avtalen i dessa fall, är det av intresse att slå fast huruvida allmänna rättsprinciper kan aktualiseras vid sidan av den särskilda lagstiftningen.<sup>30</sup> Culpa in contrahendo skulle i sådant fall komma i fråga då en leverantör lockas in i anbudsförfarandet under felaktiga förutsättningar.

I detta sammanhang kan också nämnas det så kallade letter of intent, vilket i vissa fall kan leda till avtalsparternas bundenhet. Den lojalitetsplikt som nämnts tidigare kan förmodas bli stärkt genom en ömsesidig avsiktsförklaring, ett letter of intent.<sup>31</sup>

### ***2.2.7 Inom- och utomobligatoriskt skadestånd***

Inomobligatoriskt skadestånd syftar till att ersätta en förlust orsakad av en skada, vilken har uppkommit inom ett kontraktsförhållande, mellan två avtalsparter. Det kan exempelvis vara fråga om att den ena avtalsparten ej uppfyllt sin del av avtalet t.ex. genom att underlåta att erlagga betalning enligt avtalet. Utomobligatoriskt skadestånd innebär således det motsatta, nämligen då skada har uppkommit mellan två parter, vilka inte har ett kontraktsrättsligt förhållande sinsemellan. Här kan återknytas till de exempel som uppmålats i avsnitt 1.8. Det andra scenariot, då kommunen ifråga helt och hållet har underlåtit att annonsera, påminner om ett utomobligatoriskt förhållande medan det första scenariot – då förfrågningsunderlag har inhämtats – ligger närmare ett inomobligatoriskt förhållande.

---

<sup>27</sup> Bolding, Går det att bevisa? s. 123

<sup>28</sup> Bolding, Går det att bevisa? s. 124

<sup>29</sup> Hellner, Speciell avtalsrätt II – kontraktsrätt 2, s. 190

<sup>30</sup> Holm, Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, s. 100

<sup>31</sup> Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 112

Ytterligare en anledning till att beviskraven i upphandlingsrättsliga situationer bidrar till svårigheter är således att de allmänna skadeståndsrättsliga reglerna varierar beroende av om skadan skett inom eller utom ett kontraktsförhållande. Huvudregeln stadgar att en skadelidande i ett inomobligatoriskt förhållande har rätt till full ersättning för skada, det vill säga även ersättning för förlorad intäkt. Vid utomobligatorisk skada skall däremot som huvudregel ersättning ej kunna utges för förlorad vinst. Härmed föreligger emellertid en diskrepans mellan den allmänna skadeståndsrätten och det uttalande som Högsta domstolen gjort.<sup>32</sup> I uttalandet fastslår nämligen Högsta domstolen att det positiva kontraktsintresset i och för sig skall kunna ersättas vid en offentlig upphandling. För att sådan ersättning skall kunna utgå krävs emellertid att den skadelidande uppfyller ett högre beviskrav. Vid en direktupphandling föreligger inte ett avtalsförhållande mellan den upphandlande enheten och de leverantörer som inte får lämna anbud, varför ersättning för förlorad vinst skulle vara omöjlig att utfå i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer. Detta diskuteras mer ingående nedan.<sup>33</sup>

Mellan de skadeståndssituationer inom och utom kontraktsförhållanden finns således ett gränsområde där ett betydande antal skadeståndssituationer kan placeras. Det är således inte alltid möjligt, eller ens lämpligt, att kategorisera olika skadesituationer i antingen utomobligatoriskt eller inomobligatoriskt förhållande. Detta bidrar till problem eftersom skadeståndsrätten är uppbyggd kring denna kategorisering. Vilka krav som uppställs på bevisningen för en skadelidande part påverkas exempelvis av huruvida skadan har uppkommit inom ett kontraktsförhållande eller inte. En skada kan till exempel ha uppkommit till följd av ett kontraktsförhållande utan att skadan för den skull har vållats avtalsparten utan istället en tredje man.<sup>34</sup> Endast på grund av den anledningen att en direkt inomobligatorisk situation inte är förhanden behöver det inte heller vara fråga om en helt utomobligatorisk situation, istället kan ett tillstånd mittemellan dessa kategorier sägas föreligga. I de fall den upphandlingsrättsliga situationen hamnar närmare kontraktsrätten kan färre problem med bevisningen av skadan anses uppkomma och reglerna för skadestånd i kontraktsförhållande kan användas. Om den upphandlingsrättsliga situationen istället är mer att likna med ett utomobligatoriskt förhållande uppstår dock fler problem avseende rätten till skadestånd, eftersom den allmänna principen i skadeståndssammanhang är att skadestånd uppgående till motsvarande det positiva kontraktsintresset inte kan utdömas i dessa fall. Denna problematik uppkommer också i andra fall än i upphandlingsrätten. Kategoriseringen i inom- och utomobligatoriskt skadestånd innebär en föreställning av att de avtalade rättigheterna och skyldigheterna endast berör de inblandade avtalsparterna. Denna kategorisering har emellertid fått en begränsad betydelse i vissa fall. Som exempel kan nämnas att avtalsparterna kan nödgas ansvara gentemot tredje man eller gentemot annan än medkontrahenten.<sup>35</sup> Nedan, i den uppsatsens analyskapitel, förs en diskussion om hur absoluta dessa principer – vilka endast är fastställda i praxis – kan anses vara.

### ***2.2.8 Exempel från upphandlingsrätten***

Här följer en kort beskrivning av de problem som aktualiseras då skadeståndsreglerna skall appliceras på upphandlingsrättsliga fall. En förfördelad leverantör kan kräva

---

<sup>32</sup> NJA 2000 s. 712

<sup>33</sup> Se nedan under avsnitt 6.2.1

<sup>34</sup> Jmf Holm, Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, s. 36

<sup>35</sup> Hellner, Speciell avtalsrätt II – kontraktsrätt 2, s. 190ff



ersättning då den upphandlande enheten givit kontraktet till en annan leverantör trots att den förstnämnde leverantören borde ha fått kontraktet. De tre beskrivna alternativen under avsnitt 1.8 behandlar olika sådana situationer. Det är redan, under det första scenariot, uppenbart att svåra bevisfrågor kan aktualiseras. I detta fall har i och för sig en annonsering av upphandlingen skett men svårigheter för den missgynnade leverantören att visa att denne borde ha fått kontraktet föreligger ändå. Hur skall leverantören kunna visa hur stort skadeståndet borde vara, d.v.s. hur skall man kunna härleda rätt kostnader till det förlorade kontraktet? Om det är fråga om ett kontrakt som tilldelats den leverantör som erbjuder det lägsta priset<sup>36</sup>, torde inte bevisningen vara alltför komplicerad. Om det i stället är så att den upphandlande enheten väljer den leverantör med bäst kvalitativa egenskaper att erbjuda kommer problem att uppstå vad gäller båda ovanstående frågor. Den leverantör som fått kontraktet kanske lika väl som den missgynnade leverantören uppnår de kvalitativa krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta kan också kopplas till ovanstående beskriva scenarion, då leverantören X anser att han i sitt anbud uppfyller alla i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Endast härigenom har emellertid inte leverantören X visat att hans anbud är bättre än Y:s. Ett sådant beviskrav försvårar ytterligare möjligheterna till skadestånd för leverantören X. Han har dessutom inte bevisat att hans anbud är bättre än alla övriga, i det fall ett sådant beviskrav uppställs.<sup>37</sup>

Den missgynnade leverantören kanske dessutom har behövt genomföra en eller flera större ändringar inom verksamheten, t.ex. för att uppnå ett visst uppställt krav. Dessa ändringar kan i och för sig innebära att leverantören håller en bättre standard på sina varor eller tjänster även i framtiden. Om så är fallet kan det vara svårt att bevisa att kostnaderna skall påläggas den aktuella upphandlingen och således ingå i den ersättning som leverantören kräver av den upphandlande enheten.<sup>38</sup>

## **2.3 Ersättning motsvarande positiva eller negativa kontraktsintresset**

### ***2.3.1 Reparation och prevention***

En viktig fråga att besvara är huruvida skadeståndet skall vara av reparativ eller preventiv karaktär. Denna fråga handlar alltså om att bestämma vad skadeståndet skall ha för funktion. En reparationsfunktion innebär att skadeståndet skall ersätta den skadelidande för förlusten, med ett belopp i pengar. En preventionsfunktion innebär istället att skadeståndet skall verka för att liknande skador inte kommer att upprepas. I preventionsfallet är det således snarare fråga om att tillrättavisa den skadevällande, än att kompensera den skadelidande. Förutsatt att den preventiva funktionen är av störst betydelse talar detta för att skadeståndet skall ersätta mer än bara de kostnader som den skadelidande haft. Överskjutande belopp skall innebära att den skadeståndsskyldige handlar mer försiktigt i framtiden. I ett av de rättsfall som nedan kommer att refereras och analyseras<sup>39</sup>, är strävan att sänka beviskraven för erhållande av ett reparativt skadestånd i syfte att främja den preventiva funktionen hos de upphandlingsrättsliga

---

<sup>36</sup> Se nedan under avsnitt 3.1.4 att olika egenskaper kan ligga till grund för den upphandlande enhetens tilldelande av kontrakt.

<sup>37</sup> Se mer nedan under avsnitt 6.3.3

<sup>38</sup> Se nedan under avsnitt 6.3.1

<sup>39</sup> Se nedan, NJA 2000 s. 712

skadeståndsreglerna. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har nyligen yttrat att syftet med regleringen av skadestånd inom offentlig upphandling får utläsas från direktivtextens syfte och ur domar från EG-domstolen. Härmed konstaterar nämnden att det främsta syftet med rättsmedlen inom offentlig upphandling, ur EG-rättslig synvinkel, är den preventiva funktionen.<sup>40</sup> Denna funktion är mycket långtgående, och leder till krav på ersättning för full reparation vid liden skada.<sup>41</sup> I upphandlingsrätten skulle ersättning med det positiva kontraktsintresset innebära att den upphandlande enheten ersätter de intäkter som den missgynnade leverantören hade fått del av om upphandlingen gått rätt till och denne hade erhållit kontraktet. Den skadelidande skall sättas i den position som hade varit fallet om den skadelidande hade fått kontraktet. I det fall leverantören hade blivit tilldelad kontraktet, skulle denne inte ha fått ersättning för de kostnader som det inneburit att förbereda och lägga fram ett anbud. Istället hade intäkten, vilken leverantören erhållit i och med fullföljandet av kontraktet, fått täcka de kostnader som förekommit anbudets ingivande. Som ovan nämnts fastslog Högsta domstolen i ett mål från 1998 att ersättning med det positiva kontraktsintresset skall kunna ske. Efter detta har emellertid Högsta domstolen uttalat en kompromiss där ersättning som regel bör utgå med ett med hänsyn till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp.<sup>42</sup>

I samband med preventionsdiskussionen bör också nämnas de flertal andra möjligheter som finns för att uppfylla preventionstanken. Skadestånd är som bekant inte det enda ansvar som en skadevällande kan ställas inför. Ovan har nämnts att preventionsmöjligheten snarare existerar för att tillrättavisa den skadevällande, än för att ersätta den skadelidandes förlust. Som exempel på andra medel för att uppfylla ett preventivt syfte kan nämnas den konkurrensskadeavgift som en näringsidkare kan bli skyldig att betala vid åsidosättande av konkurrensreglerna. Vidare kan också böter aktualiseras. Både avgift och böter går till staten istället för till den skadelidande personen, vilket är den betydande skillnaden mellan dessa och skadeståndsansvaret. I detta fall uppfylls preventionssyftet utan att den skadelidande blir kompenserad med anledning av sin skada. Skyldighet att erlagga konkurrensskadeavgift uppkommer, enkelt uttryckt, i fall då skadan inte drabbat en enskild individ, utan istället då samhället har skadats av att konkurrensen på marknaden inte har upprätthållits.<sup>43</sup>

I det fall skadeståndet kan sägas vara av reparativ karaktär, skall den skadeståndsskyldige ersätta den skadelidande de kostnader som utlagts på grund av skadan. I upphandlingsrätten innebär detta att den upphandlande enheten skall ersätta leverantören även för de kostnader som denne utlagt för att förbereda och lämna anbud. Dessa kostnader hade leverantören antingen aldrig behövt lägga ut – t.ex. i det fall leverantören aldrig hade ansökt om anbudet om den upphandlande enheten handlat riktigt och lämnat alla relevanta fakta kring upphandlingen – eller fått tillbaka genom att få kontraktet tilldelat sig.<sup>44</sup> Eftersom huvudregeln inom skadeståndsrätten är att den skadelidande skall försättas i samma position som om överträdelsen aldrig hade inträffat, har diskuterats vad ersättning endast för anbudskostnaderna fyller för funktion.

---

<sup>40</sup> NOU:s yttrande till Högsta domstolens mål nummer 2883-04. Se referat nedan under avsnitt 4.2.4.4 av Hovrättens mål nummer T 3475-03

<sup>41</sup> Jmf bl.a. Nils Wahl och Arrowsmith

<sup>42</sup> NJA 1998 s. 873 och NJA 2000 s. 712

<sup>43</sup> Prop. 1992/93:56 s. 30

<sup>44</sup> Mer om detta nedan under avsnitt 6.3.1

En åsikt har framförts att detta är ett sätt att ersätta skada då de EG-rättsliga principerna inte har efterföljts.<sup>45</sup>

## 2.4 Sammanfattning

Huvudregeln inom skadeståndsrätten är att den skadelidande skall försättas i samma position som om skadan ifråga aldrig hade inträffat. Den skadelidande har sålunda att bevisa att skadan inte berott på en olyckshändelse eller liknande. Skadan måste vara en följd av ett visst handlande. Detta handlande måste dessutom vara ansvarsgrundande samt ha ett samband med den uppkomna skadan.

Beviskrav används för att bestämma med vilket mått av sannolikhet som den skadelidande måste bevisa skadan. Ingen fast begreppsbestämmelse finns angående vilket beviskrav som skall användas. Det vanligaste är dock att den skadelidande skall *styrka* ett visst faktum. Upphandlingsrättsligt bör, enligt Högsta domstolen, beviskravet sättas lägre då den skadelidande begär ersättning för förlorade kostnader än då denne yrkar på ersättning motsvarande den förlorade vinsten. Vårdslöshet är vad som normalt sett måste vara för handen för att en skada skall ersättas. Den skadelidande måste därför även kunna visa att skadevällaren har orsakat skadan genom ett vårdslöst beteende. I vissa fall läggs emellertid inte allt ansvar på den skadelidande utan istället tillämpas överviktsprincipen. Den part som kan uppvisa starkast bevisning vinner i ett sådant fall målet.

En ytterligare huvudregel inom skadeståndsrätten innebär att ersättning med det positiva kontraktsintresset, endast kan aktualiseras i inomobligatoriska förhållanden. Denna kategorisering av i vilket förhållande skadan har inträffat är således det första som sker vid bestämmandet av vilket kontraktsintresse som skall kunna ersättas. Denna kategorisering har emellertid frångåtts i vissa fall. I samband med bestämmandet av vilken typ av skadestånd som skall kunna utfås, kan det också vara av avgörande betydelse att slå fast om skadeståndet huvudsakligen skall ha en reparativ eller en preventiv funktion.

---

<sup>45</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelse av reglerna om offentlig upphandling, s. 494

### 3. OFFENTLIG UPPHANDLING

Nedan följer en beskrivning av upphandlingsrättslig lagstiftning som är relevant för den fortsatta förståelsen av den sammankoppling av skadeståndsrättslig och upphandlingsrättslig reglering som kommer att ske i kommande kapitel.

#### 3.1 Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

LOU finns till för att säkerställa att de upphandlingar som den offentliga sidan genomför mot den privata, är rättvisa och utsätts för konkurrens.

##### 3.1.1 Konkurrens

LOU kan sägas vara av näringspolitisk karaktär och syftar därmed till att stärka effektiviteten inom näringslivet.<sup>46</sup> Detta skall ske bland annat genom att konkurrens om anbuden på marknaden förekommer. I LOU 1 kap 4 §, som gäller för alla upphandlingar, föreskrivs att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Även likabehandlingsprincipen i LOU syftar till att förhindra en snedvriden konkurrens, eftersom en sådan skulle kunna uppkomma om upphandlingen gynnar eller missgynnar vissa leverantörer på ett otillbörligt sätt.<sup>47</sup> Mot denna bakgrund kan konstateras att flera likheter föreligger mellan konkurrensrättslig och upphandlingsrättslig lagstiftning. Enligt båda dessa lagstiftningar skall konkurrensen utnyttjas, företagen skall ges lika förutsättningar att konkurrera och det företag som säljer aktuella varor och tjänster med förmånligast villkor skall vinna.<sup>48</sup>

I många fall avtalar den upphandlande enheten och innehavaren av kontraktet att förlänga det redan existerande kontraktet. Detta innebär att konkurrensmöjligheterna i den enskilda upphandlingen går förlorade.<sup>49</sup> Möjligheterna till konkurrens försvåras också i samband med att en kommun väljer att utföra verksamheten inom den offentliga sektorn istället för att genomföra en offentlig upphandling mot den privata sidan.

##### 3.1.2 Offentlig upphandling – i allmänna drag

Situationen vid en offentlig upphandling innebär vanligen ett kontraktsförhållande där parterna inte är helt jämbördiga. Upphandlingar av den offentliga sektorn kan på grund av detta anses nödvändiga både att konkurrensutsätta och kontrollera. Detta sker genom att särskilda principer och regleringar måste efterföljas vid en offentlig upphandling. Bland dessa principer finns bland andra konkurrensprincipen vilken har beskrivits ovan. Upphandlingsdirektiven syftar vidare bland annat till att säkra den fria rörelsen av varor och tjänster samt etableringsfriheten. Således måste även LOU uppfylla dessa syften

---

<sup>46</sup> SOU 1999:139, s. 69

<sup>47</sup> SOU 1999:139, s. 69

<sup>48</sup> SOU 1999:139, s. 322

<sup>49</sup> Nilsson m.fl., *Den svåra beställarrollen*, s. 50

med hänsyn till att nationell rätt inte får strida mot EG-rätt. Ytterligare principer, vilka måste iakttas vid offentlig upphandling, är sålunda de som är återkommande i all EG-reglering. Det ställs således krav på att de upphandlande enheterna skall upprätthålla icke-diskrimineringsprincipen, likbehandlingsprincipen, proportionalitets- principen samt principen om ömsesidigt erkännande. Dessutom skall, som ovan nämnts, enligt portalstadgandet i 1 kap 4 § LOU, upphandlingen genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Detta något vaga uttryck har flertalet tillfällen diskuterats och kritiserats. Trots att denna uppsats inte rymmer någon närmare analys av affärsmässighetsbegreppet vara eller icke-vara kan viss kritik som riktats mot begreppet nämnas. Begreppet affärsmässighet sägs vara alltför innehållslöst, och därmed bidragande till en större rättsosäkerhet på området.<sup>50</sup> Dessutom kan begreppet sägas stämma illa överens med EG-rätten där någon affärsmässighetsprincip inte alls uttrycks utan istället vilar upphandlingsrätten på grundläggande principer som proportionalitetsprincipen etcetera.

### 3.1.2.1 Upphandlingsförfarandet

Flera olika upphandlingsförfaranden kan väljas då den upphandlande enheten står inför en inköpssituation från den öppna marknaden. Beroende på upphandlingens storlek skall upphandlingen ske antingen genom annonsering på den gemenskapsrättsliga marknaden, eller på den nationella marknaden. De vanligaste upphandlingsförfaranden för den upphandlande enheten att välja mellan är öppet, selektivt eller förhandlat förfarande. Det **öppna förfarandet** är det mest konkurrensvänliga eftersom det innebär att alla intresserade ekonomiska aktörer skall få kännedom om upphandlingen och får lämna anbud. Ingen förhandling är tillåten då upphandlingen sker med ett öppet förfarande. Det **selektiva förfarandet** innebär att anbudsgivare blir inbjudna att bli antagen som anbudsgivare. Till de som utses skickas sedan förfrågningsunderlaget. Det **förhandlade förfarandet** får användas exempelvis då några godtagbara anbud vid det öppna eller selektiva förfarandet ej har inkommit eller då det ej går att utarbeta ett tillräckligt precist förfrågningsunderlag. I och med detta förfarande sker ingen föregående annonsering.<sup>51</sup>

### 3.1.3 Lagens syfte

LOU är, som ovan nämnts, en näringsrättslig lagstiftning som har till syfte att värna om den fria konkurrensen och icke-diskriminering på marknaden. Syftet med reglerna är därför att framtvunga efterlevnad av EG-rätten genom att verka preventivt mot regelöverträdelser och därmed främja den fria rörligheten inom EU. Konkurrensrättslig lagstiftning syftar till att undanröja och motverka hinder för effektiv konkurrens mellan *företag*. När myndigheter upphandlar varor och tjänster är dessa inte att betrakta som företag och således kan ett otillbörligt beteende från en myndighets sida inte angripas med hjälp av konkurrenslagen. Istället skall myndigheters beteenden regleras med hjälp av LOU. Syftet med skadeståndsmöjligheterna är allmänt sett att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att genomföra korrekta upphandlingar.<sup>52</sup> En leverantör skall kunna utgå från att ett anbud från honom skall värderas på ett rättvist sätt. Om så ej är fallet skall den missgynnade leverantören kompenseras samtidigt som den

<sup>50</sup> Stenberg, Slopa principen om affärsmässighet i LOU!

<sup>51</sup> 2 kap. 8, 10, 11 §§ LOU

<sup>52</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103ff.

upphandlande enheten avskräcks från att bryta mot de upphandlingsrättsliga reglerna. Potentiella anbudsgivare får ej tappa förtroendet för upphandlingsrätten och dess regler eftersom detta antagligen skulle kunna innebära att färre anbud lämnas in.<sup>53</sup>

Eftersom den svenska lagstiftningen bygger på EG-rätten är syftet också till stor del att bereda leverantörer från olika länder inträde på de nationella marknaderna på ett lättare sätt.<sup>54</sup> De upphandlande enheterna får inte särbehandla olika leverantörer, utan dessa skall ha lika stor möjlighet att erhålla rätten till ett kontrakt oavsett var företagen ifråga har sitt ursprung.

### **3.1.4 Urvalskriterier i förfrågningsunderlaget**

Den upphandlande enheten kan i förfrågningsunderlaget uppställa olika kriterier på det som skall upphandlas, med proportionalitetsprincipen som enda begränsning. Således är det otillåtet att den upphandlande enheten ställer fler krav än vad som är nödvändigt eller krav som inte är relevanta för upphandlingen ifråga. Den upphandlande enheten kan antingen välja *lägsta pris* som urvalskriterium, vilket innebär att enbart priset får avgöra vem som tilldelas kontraktet, eller *ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*, vilket innebär att flera olika kriterier kan vägas in i valet av anbud. Som nedan kommer att beskrivas uppstår flera bevisvärigheter för den missgynnade leverantören då upphandlande enhet har valt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet istället för det anbud med lägst pris. I en nyligen utkommen artikel har detta faktum uppmärksamats.<sup>55</sup> Då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas har nämligen EG:s förstainstansrätt slagit fast att ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning vid kontraktstilldelande får förekomma. Den svenska NOU påpekar emellertid att denna slutsats skall tolkas med stor försiktighet eftersom leverantörernas bevismöjligheter försvåras avsevärt i och med den upphandlande enhetens möjlighet till skönsmässig bedömning.<sup>56</sup>

Förfrågningsunderlaget skall innehålla två sorters krav, dels krav på den framtida leverantören som företag, dels krav på det specifika upphandlingsföremålet. Under förutsättning att en leverantör har uppfyllt företagskravet kan detta krav aldrig bli avgörande för tilldelningen av kontraktet. Istället skall övriga kriterier för upphandlingsföremålet viktas i förhållande till varandra för att tillgodose kraven på proportionalitet och förutsebarhet. Dessutom bidrar en sådan uppställning av kriterierna till att den upphandlande enheten på ett lättare sätt kan förklara sitt val av leverantör vid ett eventuellt ersättningsanspråk från en leverantör som inte tilldelats kontraktet.

### **3.1.5 Anbudsutvärdering och tilldelningsbeslut**

Då den upphandlande enheten väljer att tillämpa ekonomiskt mest fördelaktiga anbud kan en tunn linje sägas skilja de subjektiva bedömningarna från objektiva och kontrollerbara motiv. Trots att proportionalitetsprincipen sätter gränsen för att alltför ovidkommande tilldelningskriterier tillämpas kan ett stort subjektivt moment styra

---

<sup>53</sup> Wahl, *Konkurrensskada*, s. 120

<sup>54</sup> Nilsson m.fl., *Den svåra beställarrollen*, s. 63ff.

<sup>55</sup> Hettne och Öberg, *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*

<sup>56</sup> Hettne och Öberg, *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, s. 193ff.

upphandlingen då exempelvis estetiska egenskaper är ett av tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna som används vid valet av leverantör skall dessutom rangordnas sinsemellan för att tydliggöra för anbudsgivarna vilka kriterier som tillmäts betydelse vid valet av leverantör.<sup>57</sup> De tilldelningskriterier som uppställs av den upphandlande enheten måste dock ha anknytning till det som skall upphandlas. Utan att gå in djupare på denna komplexitet i detta skede, kan endast konstateras att dessa tilldelningsbeslut kan leda till att leverantörer anser sig vara missgynnade, men de kommer ändå att ha mycket svårt att bevisa skada. Den skadelidande skall således bevisa skadan och kausalsambandet mellan den upphandlande enhetens handlande och skadan. Vidare kan den skadelidande eventuellt tvingas visa att den upphandlande enheten har förfarit uppsåtligt eller vårdslöst vid skadans inträffande. Detta skulle således kunna bli fallet för den skadelidande leverantören i det första alternativet under avsnitt 1.8. I detta fall kan den skadelidande X nämligen tvingas visa att skadan beror på att den upphandlande enheten inte har valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och dessutom att enheten gjort detta uppsåtligen.

Förutsatt att den upphandlande enheten väljer att tilldela kontraktet till den leverantör som lämnat anbud med det lägsta priset, har den skadelidande leverantören att bevisa sitt egna lägre pris jämfört med övriga leverantörers. Under förutsättning att alla leverantörer haft möjlighet att lämna anbud förekommer inga större svårigheter i detta fall. Om däremot den upphandlande enheten **underlåtit att annonsera** upphandlingen kan den missgynnade leverantören ha att bevisa att *om* denne haft en chans att lämna in ett anbud hade detta varit lägst i förhållande till övriga leverantörer. Det är här fråga om det andra beskrivna scenariot under avsnitt 1.8 (utan föregående annonsering). En sammankoppling kan dessutom ske med det tredje alternativet, eftersom flera skadelidande kan förekomma i detta fall. I ett sådant fall kommer flera missgynnade leverantörer att behöva visa att just dennes anbud sannolikt skulle ha tilldelats kontraktet vid en annonserad upphandling.

### 3.2 Remedier i lagen om offentlig upphandling

Innan ett avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en av anbudsgivarna, kan enheten tvingas att göra om upphandlingen på grund av att reglerna i LOU inte har efterföljts. Den anbudsgivare som är missnöjd med ett upphandlingsbeslut har möjlighet att ansöka om stämning vid tingsrätten och begära att den upphandlande enheten förpliktas utge skadestånd. När ett avtal redan har slutits är skadestånd det enda tillgängliga rättsmedlet för en missgynnad leverantör. Eftersom felaktigt ingångna avtal inte kan upphävas enligt svensk rätt kan möjligheten till skadestånd få stor betydelse i upphandlingsärenden. Detta diskuteras mer i nästföljande kapitel.<sup>58</sup>

### 3.3 Sammanfattning

LOU finns till för att säkerställa rättvist utförda och konkurrensutsatta köp, genomförda av det offentliga från den privata sidan. Lagen kan sägas syfta till en ökad effektivitet inom näringslivet. Konkurrens är således ett av ledorden för en väl fungerande

---

<sup>57</sup> Se referat nedan, under avsnitt 4.2.4.4, av Hovrättens avgörande i mål nummer T 3475-03

<sup>58</sup> Nilsson m.fl., *Den svåra beställarrollen*, s. 56

upphandling. Den nationella rätten styrs i stor utsträckning av EG-rätten på området eftersom ett flertal grundläggande principer föreligger, vilka den svenska rätten inte får strida emot. Konkurrenslagen är tillämplig då effektiv konkurrens skall främjas mellan företag. Vid offentlig upphandling är det däremot fråga om myndigheter som upphandlar från den privata sidan.

Flera olika upphandlingsförfaranden kan förekomma. Gemensamt för dem alla är att annonsering skall ske samt att förhandling endast får förekomma i särskilda fall. Den upphandlande enheten kan föreskriva en mängd olika kriterier i förfrågningsunderlaget. Proportionalitetsprincipen begränsar uppställandet av sådana kriterier i förfrågningsunderlaget. Lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud är de tilldelningskriterier som den upphandlande enheten kan välja mellan. Då den upphandlande enheten uppställer kriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud uppstår fler bevissvårigheter för en skadelidande leverantör. Detta eftersom ett större subjektivt moment kommer att styra valet av leverantör då fler kriterier än det lägsta priset får spela in. Remedier vilka kan aktualiseras enligt LOU är, förutom skadeståndsrätten begränsade till rättelse innan ett avtal mellan enheten och en leverantör har upprättats.



## 4. UPPHANDLING OCH SKADESTÅND

Ovan har beskrivits såväl de grundläggande skadeståndsrättsliga principerna, vilka svensk skadeståndsrätt bygger på, som de allmänna reglerna kring offentlig upphandling. Härmed följer ett kapitel då dessa element sätts samman för att slå fast hur de skadeståndsrättsliga reglerna angående bevisning av rätten till skadestånd skall användas då en upphandlande enheten har överskridit upphandlingsrättsliga regler. Ofta är det i dessa fall fråga om ett utomobligatoriskt skadestånd eftersom något avtal inte har ingåtts vid överträdelsen.

Kraftiga skadeståndssanktioner har, enligt vissa författare, betydelse för intresset av att efterleva en näringsrättslig lagstiftning.<sup>59</sup> Lagen om offentlig upphandling innebär att lagstiftaren vill öka samhällsnyttan och konkurrensen på marknaden genom *regleringar*. Regelverket *begränsar* den upphandlande enhetens handlingsutrymme i syfte att skapa en rättvis upphandling.<sup>60</sup> Vissa ekonomer<sup>61</sup> menar att regleringar på ett sådant näringsrättsligt område, som det här är fråga om, snarare är till skada än till nytta på grund av att de stör marknadens naturliga mekanismer. Andra menar att reglerna är en nödvändighet för en väl fungerande marknad, även om reglerna måste vara ändamålsenliga och inte innebära onödiga begränsningar.

### 4.1 EG-rättens inverkan

De svenska skadeståndsreglerna inom upphandlingsrätten står alltså att finna i LOU 7:6 och 7:7, och bygger helt och hållet på de rättsmedelsdirektiv<sup>62</sup> som finns utfärdade för att reglera sanktionsmöjligheterna. Rättsmedelsdirektiven är sekundär lagstiftning, vilket innebär att medlemsstaternas nationella regleringar troligen inte kan mildra skadeståndsansvaret men däremot förstärka det.<sup>63</sup> Dessa rättsmedelsdirektiv är relativt allmänt hållna – där stadgas endast att det är varje medlemsstats skyldighet att se till att prövningsmöjligheterna innefattar en behörighet att ge ersättning till den person som skadats av överträdelsen.<sup>64</sup> Detta kortfattade stadgande innebär att det inte närmare sägs på vilka villkor denna ersättningsmöjlighet skall kunna aktualiseras. Det är istället upp till den nationella rättsordningen att utforma regler som räcker till för att uppfylla stadgandena i rättsmedelsdirektiven. Medlemsstaterna är således skyldiga att implementera EG-direktiven men kan även lagstifta längre än vad som görs i direktiven. Detta är just vad som skett i den svenska rätten genom bestämmelsen att det positiva kontraktsintresset kan ersättas enligt 7 kap 6 § LOU.

Rättsmedelsdirektiven nämner ingenting om *vilka* skador en leverantör kan yrka ersättning för. Som ovan nämnts, framgår inte heller hur beräkningen av ett skadeståndsanspråk skall gå till, det vill säga huruvida det positiva eller negativa

---

<sup>59</sup> Wahl, Konkurrensskada, s. 118

<sup>60</sup> Nilsson m.fl., Den svåra beställarrollen, s. 63

<sup>61</sup> Jmf. Chicagoskolan

<sup>62</sup> Rådets direktiv 89/665 EEG (1989) och 92/13 EEG (1992)

<sup>63</sup> Principen om nationell processuell autonomi i praxis, exempelvis C-312/93 Peterbroeck v. Belgien

<sup>64</sup> Rådets direktiv 89/665 EEG artikel 2.1c.

kontraktsintresset skall ersättas, då rätt till ersättning har konstaterats. Rättsmedelsdirektiven säger inte heller något om bevisbördan, eller vilka beviskrav som ställs på leverantören, för att denne skall kunna utfå skadestånd. Sverige har alltså valt att lagstifta längre än vad som krävs enligt rättsmedelsdirektiven. Detta får betydelse för analysen kring gällande beviskrav för rätt till skadestånd. Ledning beträffande beviskraven för att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas bör därför hämtas ur svensk rätt snarare än ur EG-rättslig.<sup>65</sup> Resonemanget leder därför främst tillbaka till svenska förarbeten och allmänna principer inom svensk skadeståndsrätt. Av denna anledning och på grund av bristande EG-rättslig praxis på området är således EG-rätten av begränsad betydelse vid besvarandet av de frågor som uppställs i uppsatsens problemformulering.

## 4.2 Skadestandsreglerna i LOU

I 7 kap 6 § stadgas att *en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.*

7 § gäller endast upphandlingar inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena och stadgar att en anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en sådan upphandling *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 delta i upphandlingen.*

### 4.2.1 Betydelsen av ”uppkommen skada” i LOU

I utredningen från 1999 konstateras att med skada i detta sammanhang avses all skada, vilket innebär det så kallade positiva kontraktsintresset eller rätt till ersättning för i vart fall utebliven handelsvinst.<sup>66</sup>

Även i propositionen från 1992 beskrivs att med begreppet *uppkommen skada* skall inte bara onödiga kostnader omfattas utan även det positiva kontraktsintresset.<sup>67</sup> Den anbudsgivare som yrkar ersättning är skyldig att bevisa denna skada. För att en anbudsgivare skall anses ha drabbats av skadan på grund av ett fel från den upphandlande enhetens sida, skall anbudsgivaren i princip ha förlorat kontraktet till följd av detta felaktiga handlande. Begreppet *uppkommen skada* nämns endast i det ena lagrummet, precis som begreppet ”åsamkats skada” endast nämns i det andra. Det är ändå inte uppenbart att skillnader vad gäller skadan eller vad gäller den upphandlande enhetens uppsåt, är avsedda i och med detta.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Stenberg, kommentar till NJA 2000 s. 712, [www.pointlex.se](http://www.pointlex.se)

<sup>66</sup> SOU 1999:139 s. 317

<sup>67</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103

<sup>68</sup> Se nedan under avsnitt 6.2

## 4.3 Överträdelser då skadestandsreglerna kan aktualiseras

En överträdelse, viken kan föranleda skadeståndsskyldighet, kan ha skett på olika vis. Antingen genom sådana handlingar vilka enligt lagen är otillåtna, eller genom underlåtenhet att utföra sådan handling som lagen kräver. Ovan under 1:8 har tre scenarion uppställts med en beskrivning av vilka överträdelser som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till. Nedan följer en mer ingående beskrivning av vilka överträdelser som kan leda till skadeståndsskyldighet samt hur bevisningen skall gå till för att den skadelidande skall medges rätt till ersättning.

### 4.3.1 Otillåtna urvalskriterier

Att vissa urvalskriterier kan vara otillåtna hör till stor del samman med den allmänna proportionalitetsprincipen vilken gäller övergripande i upphandlingsrättslagstiftningen. Den upphandlande enheten är inte tillåten att uppställa ovidkommande krav på upphandlingsföremålet. Som exempel på otillåtna urvalskriterier kan nämnas sådana kriterier som i allt för stor utsträckning består av subjektiva inslag eller som uppställs trots att de inte har betydelse för upphandlingsföremålet. Att en upphandlande enhet ställer krav på att leverantören kan erbjuda en högre teknisk kapacitet än vad som är nödvändigt för upphandlingsföremålet i fråga skulle kunna vara ett otillåtet urvalskriterium. Även sådana urvalskriterier som inte har nämnts i förfrågningsunderlaget är otillåtna att använda. Samtliga urvalskriterier som har nämnts i förfrågningsunderlaget måste vägas in i ställningstagandet. I förfrågningsunderlaget skall dessutom tydligt framgå hur dessa urvalskriterier viktas gentemot varandra. Nedan beskrivs ett mål som nyligen har behandlats av tingsträtt och hovrätt där den upphandlande enheten inte har viktat de olika tilldelningskriterierna och således inte kan motivera valet av leverantör på ett tillfredsställande vis.<sup>69</sup>

### 4.3.2 Underlåtenhet att annonsera om upphandlingen

Alla upphandlingar måste annonseras. Endast de upphandlingar som uppnår en viss storlek<sup>70</sup> behöver emellertid annonseras inom hela unionen. I de fall den upphandlande enheten har underlåtit att annonsera upphandlingen kan en leverantör som lidit skada på grund av detta ha rätt till ersättning. I ett sådant fall måste emellertid den skadelidande leverantören troligen kunna visa att denne inte känt till anbudsförfarandet samt att om denne hade känt till anbudsförfarandet, hade leverantören velat lämna ett anbud.<sup>71</sup> Dessutom, för att ersättning med det positiva kontraktsintresset skall kunna utges, uppställs krav på bevisning av att denne **sannolikt** skulle ha tilldelats kontraktet. En skadelidande leverantör, vilken kan sägas överensstämna med den i, avsnitt 1.8 scenario två (då någon föregående annonsering inte alls har skett), beskrivna leverantören, kan således utsättas för ytterst stränga beviskrav.

<sup>69</sup> Se nedan under avsnitt 4.2.4.4

<sup>70</sup> Tröskelvärdet för varuupphandling av en upphandlande enhet som inte är en statlig myndighet är det lägsta av 200 000 euro eller 200 000 särskilda dragningsrätter, enligt LOU 2 kap. 1 § 2st.

<sup>71</sup> Ds 1992:62 och Hellner, Skadeståndsrätt, s. 474

Vid underlåtenhet att annonsera har de leverantörer, vilka gick miste om att lämna anbud uppenbarligen inte haft några kostnader för att lämna anbud. Leverantören har, som ovan nämndes, ändå rätt till ersättning om denne kan bevisa ovetskapen om själva anbudsförfarandet samt att anbud hade lämnats om leverantören hade känt till förfarandet. Det torde dock innebära svårigheter att fastställa vilken typ av skadestånd denna ersättning skall motsvara – ty något negativt kontraktsintresse kan inte sägas ha uppkommit. Underlåtenhet att annonsera skall skiljas från de fall då ett anbudsförfarande i och för sig har inletts men den upphandlande enheten godtyckligt väljer en av leverantörernas anbud. I dessa fall har nämligen alla leverantörer haft kostnader för att lämna anbud. Den upphandlande enhetens vållande av skadan uppkommer inte förrän denna till exempel tillämpar otillåtna urvalskriterier eller gör en subjektiv bedömning av vilken leverantör som skall väljas.

#### 4.3.2.1 Otillåten direktupphandling

I de allra flesta fall krävs att en upphandling följer de formella regler som uppställs i svensk respektive EG-lagstiftning. Undantagsfall förekommer emellertid, då den upphandlande enheten faktiskt är tillåten att genomföra en direktupphandling. De fall då direktupphandling får användas är antingen då upphandlingsföremålets värde är lågt, eller om det föreligger synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten och som inte heller beror på densamma. Under förutsättning att dessa krav inte är uppfyllda får en direktupphandling aldrig ske utan istället måste de formella upphandlingsförfarandena efterföljas.<sup>72</sup>

Begreppet otillåten direktupphandling täcker således situationer då en upphandlande enhet tar kontakt med *en* viss leverantör utan att LOU:s bestämmelser efterlevs. Andra situationer är dels då den upphandlande enheten har ingått ett avtal enligt LOU avseende en viss volym, men köper sedan en mycket större volym, dels då enheten förlänger ett avtal trots att det inte finns en förlängningsklausul i avtalet eller att denna redan är utnyttjad. Enligt den kartläggning av fel och brister, vilken NOU har genomfört, är så kallad otillåten direktupphandling det i särklass vanligaste felet som begås.<sup>73</sup> Enligt nämndens uppfattning är otillåtna direktupphandlingar ett stort problem inom upphandlingsområdet, vilket också bekräftas i kartläggningen. Detta fel som således ofta förekommer finns inte representerat i domstolsprövningar i motsvarande mån. I nämndens kartläggning antas att leverantörer med tiden erfarit att det är tämligen svårt att vinna framgång både i överprövnings- och skadeståndsmål. I skrivande stund har, enligt uppsatsförfattarens eftersökningar, fortfarande inte utgått något skadestånd på grund av otillåten direktupphandling. Det låga antalet mål förmodar nämnden beror på att leverantören vid fall av otillåten direktupphandling är medveten om svårigheten att tilldömas skadestånd i kombination med risken att bli ersättningsskyldig för motpartens rättegångskostnader i det fall käromålet skulle ogillas. En förfördelad leverantörs ovilja att begära skadestånd påverkas säkerligen också av att en skadeståndsprocess i regel pågår under en lång tid.

---

<sup>72</sup> LOU 6 kap. 2 § 2st.

<sup>73</sup> NOU:s kartläggning av fel och brister, s. 13

Vidare framgår i samma rapport att en majoritet av alla leverantörer finner en risk att bli ”svartlistade” vid ett eventuellt klagomål på en upphandling. Nämnden slår, i rapporten, fast att tillgängliga rättsmedel inte kommer tillrätta med de fel och brister som finns i dagens upphandlingssystem.<sup>74</sup> NOU säger sig dessutom, åtskilliga gånger, ha erfarenhet att leverantörer och allmänheten reagerar mycket starkt inför bristen på framkomliga rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar. Nämnden påtalar det allvarliga problem som föreligger och anser det mycket stötande att de enheter som helt åsidosätter regelsystemet för offentlig upphandling går fria från påföljd medan andra, som anstränger sig att följa bestämmelserna, kan instämmas till domstol för en i sammanhanget mindre förseelse och riskerar att upphandlingen får göras om.<sup>75</sup> I nämndens kartläggning framkommer att vetskapen om avsaknaden av rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar har spridit sig bland upphandlande enheter och risken finns att detta för med sig att enheter emellanåt väljer att genomföra en otillåten direktupphandling hellre än att riskera invändningar i ett forbundet förfarande.<sup>76</sup>

#### 4.4 Bevisning av rätt till skadestånd

Eftersom reglerna för hur en offentlig upphandling skall genomföras är relativt klara, behöver det inte uppstå problem med att bevisa att en överträdelse, från den upphandlande enhetens sida, är förhanden. Det är här fråga om att regler för själva upphandlingen har åsidosatts.<sup>77</sup> Bevisningen kan emellertid kompliceras beroende av vilken metod som har använts vid upphandlingen. Som även påpekades ovan<sup>78</sup>, försvåras nämligen denna bevisning då den upphandlande enheten inte har använt sig av tilldelningskriteriet lägsta pris, utan istället valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Att bevisa att överträdelsen från den upphandlande enhetens sida fick till följd att leverantören inte fick kontraktet tilldelat sig kan vara en svårare uppgift. Här är det alltså fråga om att bevisa det så kallade kausalsambandet, vilket har beskrivits ovan.<sup>79</sup> I vissa fall kan det vara fråga om att en potentiell leverantör inte ens har lämnat ett anbud på grund av den upphandlande enhetens överträdelse, exempelvis att den upphandlande enheten inte har annonserat om upphandlingen.<sup>80</sup> Några konkurrerande anbud finns sålunda inte att jämföra med utan istället blir målet föremål för en hypotetisk upphandling. Den förfördelade leverantören har inte själv lämnat något anbud då en otillåten direktupphandling har genomförts. Däremot har den förfördelade leverantören vetskap om övriga inlämnade anbud om sådana finns. Detta innebär att den leverantör som gått miste om anbudet vet vilket pris och vilken kvalitet som har efterfrågats vid tilldelningen av anbudet och kan således anpassa sitt eget anbud efter detta. I ett sådant

---

<sup>74</sup> NOU:s kartläggning av fel och brister, s. 13

<sup>75</sup> NOU:s kartläggning av fel och brister, s. 18

<sup>76</sup> NOU:s kartläggning av fel och brister, s. 20

<sup>77</sup> Se ovan under avsnitt 4.3.1

<sup>78</sup> Se ovan under avsnitt 3.1.4

<sup>79</sup> Se ovan under avsnitt 2.2.1

<sup>80</sup> Både det första och andra alternativet, vilka uppmålats ovan i avsnitt 1.8 kan således aktualiseras här.

fall är det tämligen tveksamt om den missgynnade leverantören kan sägas ha bevisat att han skulle ha tilldelats kontraktet.

För att något underlätta leverantörens situation har Högsta domstolen fastställt att det är tillräckligt att bevisa att denne *sannolikt* skulle ha tilldelats kontraktet.<sup>81</sup> Vid beräkningen av ett fullt skadestånd krävs att den missgynnade leverantören kan visa på den förlorade handelsvinsten samt de produktionskostnader denne har haft. Produktionskostnaderna skall sedan dras av från handelsvinsten och återstående skall ingå i ersättningen. Om ingen bevisning om förlorad handelsvinst kan frambringas torde, om så kan visas, havda kostnader i normalfallet rimligen vara den lägsta gränsen för ersättning av det positiva kontraktsintresset.<sup>82</sup>

Det har diskuterats huruvida den upphandlande enheten måste ha handlat uppsåtligt eller endast vårdslöst för att skadeståndsskyldighet skall uppkomma.<sup>83</sup> Både uppsåt och oaktsamhet skall kunna leda till skadeståndsansvar, men nödvändigheten av en viss begränsning har påtalats.<sup>84</sup>

Att Högsta domstolen har sänkt beviskravet till sannolikt för den skadelidande leverantören innebär att denne inte behöver kunna styrka att hans anbud är det bästa av alla. Detta resonemang passar emellertid bäst då det endast finns två anbudsgivare som, någon av dem, borde få kontraktet tilldelat sig. Den skadelidande leverantören måste fortfarande bevisa att dennes anbud är bättre än den vinnande leverantörens anbud. När så har skett skulle emellertid bevisbördan övergå på den upphandlande enheten som har att bevisa att ytterligare en annan (**en tredje anbudsgivare**) anbudsgivare sannolikt skulle ha fått kontraktet tilldelat sig istället för den skadelidande leverantören.<sup>85</sup> Det kan emellertid diskuteras huruvida den upphandlande enheten har rättfärdigat sitt handlande, och därmed slipper undan skadeståndsansvaret genom att visa att den klagande leverantören inte skulle ha vunnit kontraktet (men inte heller den som fått kontraktet). Detta diskuteras ytterligare i uppsatsens analysdel.<sup>86</sup>

#### ***4.4.1 Skillnad i kraven på bevisning mellan 6 § och 7 § i 7 kap LOU***

Ovan har nämnts att en skillnad i de båda stadgande i LOU är avsedd. Hur denna skillnad skall komma till uttryck är emellertid inte helt klart. I och med att två lagstadganden finns istället för ett övergripande stadgande, vore det emellertid rimligt att anta att en skillnad de facto är avsedd. Således har också en skillnad i beviskraven, för att utfå ersättning med tillämpning av respektive lagrum, utarbetats. Ersättning enligt 6 § torde omfatta mer än bara kostnaderna för att förbereda anbudet och delta i upphandlingen. Detta innebär att ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset kan utdömas enligt den 6 §.<sup>87</sup> Som framgått ovan fordras av den förfördelade anbudsgivaren att denne kan visa på ett orsakssamband mellan den överträdelse vilken den upphandlande enheten har begått och den skada som anbudsgivaren har lidit, för att

---

<sup>81</sup> NJA 2000 s. 712, se referat nedan under avsnitt 4.4.4.2

<sup>82</sup> SOU 1999:139 s. 321 och Hentze och Sylvén, Kommentar till lagen om offentlig upphandling s. 472ff.

<sup>83</sup> SOU 1999:139 s. 319ff.

<sup>84</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, s. 474

<sup>85</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelse av reglerna om offentlig upphandling, s. 504

<sup>86</sup> Se nedan under avsnitt 6.4.3

<sup>87</sup> NJA 1998 s. 873

berättigas skadestånd för förlorade intäkter. Samma krav på bevisning finns ej uppställt då anbudsgivaren begär ersättning för utlagda kostnader på grund av en förlorad upphandling och inte heller då anbudsgivaren begär ersättning för förlorad vinst vid upphandlingar som görs enligt 4 kap.<sup>88</sup> I dessa fall har beviskraven lättats något och istället för att leverantören skall visa att denne har förlorat kontraktet som en direkt följd av den upphandlande enhetens beteende, är det tillräckligt att leverantören kan visa att hans möjligheter att erhålla kontraktet har påverkats menligt av den upphandlande enhetens felaktiga handlande.<sup>89</sup> Detta faktum har diskuterats i kommentaren till LOU.<sup>90</sup> Här sägs att då ersättning enligt 7 § yrkas behöver inte anbudsgivaren visa mer än att det hade funnits en reell chans att få kontraktet tilldelat sig. Om ersättning yrkas med det positiva kontraktsintresset, krävs istället att anbudsgivaren kan visa att han ”i princip” har förlorat kontraktet till följd av felet.<sup>91</sup> Detta gäller således beviskraven för orsakssambandet vid aktualiserandet av de båda lagrummen. Det kan påpekas att trots att ersättning har utgått med det positiva kontraktsintresset i målet från 1998, lagrummet inte alltid måste leda till en sådan ersättning. Istället kan en viss jämkning komma att ske vilket beskrivs i nästa avsnitt.

I lagtext nämns ingenting om beviskraven för vållandet. I själva verket nämns i 6 § inte alls huruvida uppsåt eller oaktsamhet skall föreligga för att skadeståndsskyldighet skall vara för handen. Trots den vaga formuleringen torde *åsidosättande* vara ett krav för skadeståndsskyldighet, så som är fallet i 7 §.<sup>92</sup> Det är således fråga om en medveten handling från den upphandlande enhetens sida. Hur den upphandlande enhetens åsidosättande, av lagen skall bevisas framgår emellertid inte.

#### **4.4.2 Jämkning av skadeståndet**

Det har påtalats att om ett lägre beviskrav ställs för leverantörerna kan det innebära att skadeståndsskyldigheten för de upphandlande enheterna uppgår till mer än den totala upphandlingskostnaden.<sup>93</sup> Ett exempel på när detta skulle kunna ske är då flera skadelidande leverantörer yrkar ersättning för överträdelse i samma upphandlingssituation. Skadeståndsanspråket kan dessutom bli mycket omfattande i de fall upphandlingen rör ett stort och långvarigt avtal. Av denna anledning har åsikten framförts att, för att undvika överkompensation, jämkning av skadeståndet bör kunna ske.<sup>94</sup> Ytterligare som talar för att skadeståndet skall kunna jämkas är att den skadelidande leverantören, då denne exempelvis gått miste om ett flerårigt entreprenadkontrakt, torde kunna finna ett nytt kontrakt inom en rimlig tid. Därför går inte den skadelidande i realiteten miste om ett så stort belopp som det motsvarande skadeståndet.<sup>95</sup> Enligt den kommitté vilken tillsattes vid 1999 års utredning bör skadeståndet också kunna jämkas om det är oskäligt med hänsyn till den upphandlande enhetens möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst och omständigheterna i övrigt. Kommittén gav i utredningen uttryck för att ett alltför stort skadestånd i vissa

---

<sup>88</sup> 4 kap LOU behandlar upphandling inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena

<sup>89</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103

<sup>90</sup> Hentze, Sylvé, Kommentar till lagen om offentlig upphandling s. 360ff.

<sup>91</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103 ff.

<sup>92</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, s. 474

<sup>93</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling s. 497

<sup>94</sup> Se exempelvis Palm och Riberdahl, *Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över*, s. 647

<sup>95</sup> NOU:s yttrande av Högsta domstolens mål nr 2883-04, se referat nedan av Hovrättens mål nummer T 3475-03

delar skulle kunna få en negativ effekt på upphandlingsverksamheten. Något sådant innebär att ersättning för utebliven vinst kan komma att jämkas så att skadeståndet omfattar ett, med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst, skäligt belopp.<sup>96</sup>

#### ***4.4.3 Identifiering av skadelidande anbudsgivare***

En ytterligare svårighet är att bestämma vilka leverantörer som skall anses ha lidit skada. I realiteten kan endast en leverantör tilldelas kontraktet, men hypotetiskt sett, förutsatt att den upphandlande enheten har överträtt upphandlingsreglerna, skulle många fler ha kunnat lämna ett anbud innebärande att de borde ha tilldelats kontraktet.<sup>97</sup> Det finns, i dagsläget, ingen given begränsning av de skadelidande leverantörerna utan den upphandlande enheten skulle kunna bli ersättningsskyldig till en kostnad som långt överstiger kostnaden på den vara eller tjänst som har uppköpts av den upphandlande enheten. Detta står i överensstämmelse med den önskan, att upphandlingsreglerna skall fungera avskräckande, som uttrycks bland annat i förarbeten till lagen.<sup>98</sup> Däremot finns delade uppfattningar kring huruvida denna följd är en alltför allvarlig konsekvens som kan drabba den upphandlande enheten.<sup>99</sup> En teori har exempelvis framförts som avser situationer då den upphandlande enheten kan bli skadeståndsskyldig för mer än hundra procent.<sup>100</sup> Så är fallet då olika anbudsgivare, med olika styrka, kan bevisa sin rätt till kontraktet. Denna diskussion utvecklas närmare nedan.<sup>101</sup>

#### ***4.4.4 Praxis där beviskrav för upphandlingsrättsligt skadestånd diskuteras***

Nedan följer kortfattade referat av de rättsfall som nämnts och hänvisats till tidigare i uppsatsen.

##### **4.4.4.1 NJA 1998 s. 873**

I rättsfallet **NJA 1998 s. 873**, behandlades frågan om en kommun är skadeståndsskyldig genom att inte ha antagit det lägsta anbudspriset som lämnats gällande arkitekttjänster. Den upphandlande enheten förbehöll sig, i förfrågningsunderlaget, ”fri prövningsrätt” av anbuderna och band sig inte till att anta det anbud med lägst pris. Företaget Arkitekttjänst lämnar det lägsta priset på tjänsterna som upphandlades, men anbudet tilldelades annan leverantör. I domskälen slås fast att det enda mätbara kriterium som anbudsgivarna haft att rätta sig efter var kriteriet lägsta pris. Att den upphandlande kommunen har förbehållit sig fri prövningsrätt torde också strida mot affärsmässighet och objektivitet. Domstolen konstaterar att ersättning med det positiva kontraktsintresset skall kunna utgå i detta fall. Eftersom den upphandlande enheten inte har gjort gällande några omständigheter som bör leda till jämkning av skadeståndet är det också ersättning med det positiva kontraktsintresset som utdöms. I nästkommande rättsfall, från år 2000, modifieras denna fastslagna princip något.

---

<sup>96</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, femte upplagan, s. 467ff.

<sup>97</sup> Se det tredje beskrivna alternativet ovan under avsnitt 1.8, då flera skadelidande leverantörer vill få skadan ersatt.

<sup>98</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103

<sup>99</sup> SOU 1999:139 s. 315

<sup>100</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 497

<sup>101</sup> Se nedan under avsnitt 6.3.2



#### 4.4.4.2 NJA 2000 s. 712

I ett relativt nytt rättsfall, **NJA 2000 s 712**, berör samtliga instanserna problematiken kring bevisning av rätt till skadestånd då en upphandlande enhet – Ekerö kommun – har underlåtit att genomföra en offentlig upphandling av städtjänster, utan istället förlängt ett redan gällande avtal mellan kommunen och ett till kommunen hörande bolag, EFAB. Den leverantör (Tvättsvamparna) vilken ansåg sig förfördelad, på grund av den upphandlande enhetens underlåtenhet att upphandla, yrkade förpliktande för kommunen att utge skadestånd till denne. Tvättsvamparna yrkade ersättning för det belopp som företaget gått miste om på grund av förlorade intäkter, i och med att en offentlig upphandling ej genomfördes. Hade en sådan genomförts ansåg nämligen Tvättsvamparna att de skulle ha vunnit densamma.

Flera bevisfrågor uppkom i och med detta rättsfall. Den leverantör som yrkar på skadestånd, motsvarande det negativa kontraktsintresset, är den som skall bevisa den upphandlande enhetens *överträdelse* av LOU samt överträdelsens *kausalsamband* med leverantörens skada. Med detta menas att leverantören måste visa att denne haft en *reell chans* att få kontraktet tilldelat sig samt att denna chans *minskat* i och med den upphandlande enhetens överträdelse av lagen. Svaret på vilka krav som skall ställas ifråga om bevisning för att leverantören skall erhålla ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset skall enligt tingsrättens bedömning sökas i svenska förarbeten samt med hjälp av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Detta eftersom de svenska reglerna, i och med ett godkännande av ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset, sträckt sig längre än vad som är nödvändigt för uppfyllandet av EG: s direktiv.<sup>102</sup> Tingsrätten konstaterar att ett högt beviskrav faktiskt föringrar skadeståndets effektivitet men menar att det är upp till lagstiftaren att ta ställning till hur ett sådant problem skall lösas. Eftersom Tvättsvamparna inte enligt någon av de tre instanserna, lyckats bevisa att bolaget skulle ha tilldelats kontraktet under förutsättning att upphandling hade gått rätt till, utan endast visat på en uppskattning av bolagets förmåga att utföra uppdraget, ogillas bolagets talan.

Oaktat käromålets ogillande finns ett flertal uttalanden om bevisfrågor som kan diskuteras vid ett försök att fastställa beviskravens omfattning. I likhet med vad som har beskrivits i förarbeten till LOU,<sup>103</sup> poängterade Högsta domstolen, i förevarande fall, att lagens preventiva syfte som bestämts i direktiven kan komma att urholkas. Detta på grund av det krav som ställs på leverantören att bevisa att förlusten av kontraktet var en följd av den upphandlande enhetens överträdelse av lagen. Trycket på den upphandlande enheten att genomföra ett korrekt förfarande, går till viss del förlorad då en skadeståndsmöjlighet starkt begränsas av leverantörens svårigheter att uppfylla beviskraven. Denna problematik ställs emellertid mot det faktum att ett sänkt beviskrav innebär en stor ekonomisk risk från den upphandlande enhetens sida. Detta resonemang ledde till att Högsta domstolen slog fast att det, för rätt till skadestånd med ett högre belopp än endast de kostnader som denne haft, bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är *sannolikt* att denne förlorat kontraktet till följd av den upphandlande enhetens överträdelse. Tvättsvamparna lyckades emellertid inte att visa detta i förevarande fall.

<sup>102</sup> Detta har beskrivits ovan under avsnitt 4.1

<sup>103</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103

#### 4.2.4.3 Hovrättens avgörande i mål nummer T 647-03

I målet har Länsarbetsnämnden i Södermanlands län på uppdrag av arbetsförmedlingen i Nyköping, upprättat ett förfrågningsunderlag avseende upphandling av arbetsmarknadsutbildning. Upphandlingen genomfördes som förenklad upphandling där ett formulär utarbetats med föreskrift att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antagas. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall utses med hänsyn till uppläggning av utbildningen, möjligheten till individuell uppläggning av utbildningen, utbildningsanordnarens kompetens i övrigt och pris. Rangordning gjordes inte bland dessa urvalskriterier. Till förfrågningsunderlaget var fogat en specifikation där ett antal att- och skall-satser listades. Av de två inkommande anbuden antogs anbudet med lägst pris. Den anbudsgivare vars anbud inte antogs (Reformväktarna) begärde skadestånd på grund av att den upphandlande enheten hade brustit i affärsmässigheten<sup>104</sup> genom att inte upprätta tillräckligt tydliga urvalskriterier. Hovrätten finner mot bakgrund av ovanstående att ”utvärderingen har präglats av ett inte litet mått av skönsmässighet och ligger mycket nära en fri prövningsrätt efter en mer allmän bedömning utan direkt stöd av förfrågningsunderlaget och anbuden som sådana.”

Skadeståndsansvar aktualiserades således. Hovrätten hänvisar härmed till de förarbeten där det konstateras att ersättning med det positiva kontraktssintresset bör kunna utgå. Vidare har emellertid Hovrätten tagit hänsyn till det som framkommit i NJA 1998 s. 873 och NJA 2000 s. 712. Således konstaterar Hovrätten att det faktum att 7 kap. 6 § LOU skulle kunna ge utrymme för full ersättning för utebliven vinst inte är tillräckligt för att ersättningen skall bestämmas med stöd av samma principer som tillämpas inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållanden. I stället konstaterades att ersättning som regel bör utgå med hänsyn till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.

#### 4.2.4.4 Hovrättens avgörande i mål nummer T 3475-03

I skrivande stund<sup>105</sup> skall Högsta domstolen avgöra huruvida bolaget Virgo skall ha rätt till skadestånd från Göteborg Stad. I målet har Göteborg Stad utnyttjat tilldelningskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud och valt det anbud med högre pris. De utvärderingskriterier som givits betydelse, förutom priset, har angivits i förfrågningsunderlaget utan inbördes rangordning. Virgo lämnar det lägsta anbudspriset men tilldelas ändå inte kontraktet på grund av att det anbud som Gotlands kommun avger uppfyller kriteriet ”fartygsutrustning” på ett mer tillfredsställande vis. Skillnaden i priset mellan de båda anbuden är inte av särskilt stor betydelse om beräkningen utgår från 100 dagars användning av fartyget. I förfrågningsunderlaget anger dock Göteborgs Stad att fartyget skall användas i 72 dagar med en eventuell förlängning till 100 dagar. Att den upphandlande enheten vid anbudens utvärdering har gjort beräkningar utifrån 100 dagars användning är således felaktigt. Tingsrätten förpliktar därför Göteborgs Stad att ersätta Virgo för den vinst företaget skulle ha gjort minus de kostnader Virgo besparats av att inte få uppdraget. Hovrätten fastställer tingsrättens dom i sak, men ändrar det belopp som skadeståndet skall omfatta.

Genom att inte rangordna kriterierna i förfrågningsunderlaget ges möjlighet till en skönsmässig bedömning för Göteborgs Stad. Då man använder sig av metoden

<sup>104</sup> Begreppet har mycket kortfattat kommenterats ovan under avsnitt 3.1.2

<sup>105</sup> Våren 2005

ekonomiskt mest fördelaktiga anbud behöver den upphandlande enheten inte välja det anbud med lägst pris. I förevarande fall var emellertid priset ett av de urvalskriterier vilket uppställdes i förfrågningsunderlaget, utan att rangordnas bland övriga kriterier. Företaget Virgo ställer således den befogade frågan varför Göteborgs Stad väger kriteriet ”fartygsutrustning” tyngre än kriteriet ”pris” utan att en sådan viktning framgått i förfrågningsunderlaget. Utöver detta har Göteborgs Stad även använt sig av urvalskriterier som inte fanns med i förfrågningsunderlaget. Målet har ännu inte avgjorts i Högsta domstolen, men ett yttrande angående beviskrav har avgivits från NOU. Nämnden drar i detta yttrande paralleller till ovan refererade rättsfall, angående kraven på bevisning. Det fastställdes då att det är tillräckligt att visa att det är **sannolikt** att kontraktet gått förlorat till följd av den upphandlande enhetens överträdelse av LOU. Nämnden påpekar också riskerna med ett sänkt beviskrav eftersom detta kan leda till att flera förfördelade leverantörer har rätt till ersättning.

#### 4.5 Sammanfattning

Vilken typ av ersättning som skall kunna utgå då en överträdelse har skett, är fortfarande relativt oklart. Kraftiga skadeståndssanktioner som bidrar till en bättre efterlevnad av lagen torde vara positivt. Sådana regler kan dock komma att motverka sitt eget syfte i och med att upphandlande enheter, vilka riskerar ett alltför betungande skadeståndsansvar, väljer att genomföra tjänsten i egen regi.

En leverantör som gått miste om ett anbud på grund av att en otillåten direktupphandling har genomförts, har att visa att det egna anbudet sannolikt skulle ha valts istället för det vinnande. Den förfördelade har, vid denna bevisning, vetskap om övriga anbudspriser samt erbjuden kvalitet från de olika anbudsgivarna. Den missgynnade leverantören behöver däremot inte bevisa att dennes kontrakt är bättre än alla andra, utan endast bättre än det vinnande.

Olika krav på bevisning föreligger beroende på vilket skadestånd den missgynnade leverantören yrkar ersättning med. För att utfå ersättning motsvarande utlagda kostnader föreligger tillräcklig bevisning då leverantören kan visa att dennes möjligheter att tilldelas kontraktet har påverkats menligt av den upphandlande enhetens handlande. För att undvika alltför omfattande skadeståndsanspråk torde jämkning kunna ske av skadeståndet. Detta för att undvika att skadeståndet uppgår till mer än de totala upphandlingskostnaderna. Högsta domstolen har slagit fast att trycket på en upphandlande enhet att genomföra en korrekt upphandling, till viss del går förlorad i och med att den skadelidandes möjlighet till ersättning så starkt begränsas. Ett sänkt beviskrav leder dock till en större ekonomisk risk för den upphandlande enheten.

## 5. UTGÅNGSPUNKTER VID ANALYS AV BEVISKRAVEN

### 5.1 Ekonomisk effektivitet

Eftersom författaren i uppsatsen, förutom att se till de traditionella rättskällorna för att finna svaren på mina frågeställningar, bland annat har valt att utgå från ett effektivitetsperspektiv, följer här en beskrivning av vad detta begrepp kan innebära. Varför denna metod har valts och varför författaren anser den vara relevant framkommer i metodavsnittet ovan.

Ekonomisk effektivitet är ett begrepp som ofta förekommer i olika sammanhang. Det antas att målen för båda parter vid en upphandlingssituation är att maximera nyttan och maximera vinsten. Ekonomisk teori utgår från ett fåtal grundläggande antaganden om hur aktörerna på marknaden gör sina val. Dessa antaganden består således i att den ena parten (konsumenten) vill maximera sin nytta och den andra (producenten) vill maximera sin vinst. Dessutom antas att parterna agerar rationellt i syfte att uppnå dessa mål. Det finns ingen objektiv uppställning av vad olika individer föredrar, det vill säga till hur stor nytta olika människor anser något vara.

#### 5.1.1 Beskrivning av begreppet

Begreppet rättsekonomi avser att beskriva ekonomiska effekter av juridiken. En definition av begreppet är att man i rättsekonomin använder sig av ekonomisk teori för att analysera rättsliga regler och principer.<sup>106</sup> Denna analys sker både genom en deskriptiv och en normativ del av rättsekonomin. Den deskriptiva delen beskriver de ekonomiskt effektiva lösningarna på olika juridiska problem. Den normativa delen av rättsekonomin svarar på varför vi bör utforma rätten så att den ekonomiska effektiviteten främjas. Varför bör samhällsekonomisk effektivitet vara ett mål som ges företräde framför andra samhällsmål?

Den deskriptiva delen av rättsekonomin, kan sägas beskriva de ekonomiskt effektiva lösningarna på ett juridiskt problem. Beskrivningen av dessa lösningar utgår således från vad rättsordningen kan göra för att förmå parterna att agera på ett visst vis,<sup>107</sup> i detta fall att genomföra gynnande transaktioner. Det kan i förevarande fall exempelvis vara fråga om att förmå en upphandlande enhet att vidta försiktighet vid genomförandet av en offentlig upphandling. En skadelidande måste ha rätt till skadestånd för att en potentiell skadevällare skall ha incitament att vidta kostnadseffektiva försiktighetsåtgärder. Transaktionskostnaderna, vilka beskrivs närmare nedan, är också del av den deskriptiva delen av rättsekonomin eftersom dessa kostnader påverkar en viss lösnings effektivitet. Av denna anledning är det av stor relevans att de juridiska regler som skapas, sänker transaktionskostnaderna.

---

<sup>106</sup> Dahlman, Rättsekonomi – en introduktion, s. 67ff

<sup>107</sup> Posner, Economic analysis of law, s. 25ff.

Vad gäller den normativa delen av rättsekonomin är det snarare fråga om att rättfärdiga ekonomisk effektivitet som mätinstrument. Varför bör vi göra något bara för att det är ekonomiskt effektivt? Ekonomisk effektivitet hör samman med begreppen välstånd och välfärd. Den som vill befrämja välstånd och välfärd i samhället antas också vilja sträva efter att befrämja en effektiv användning av samhällets resurser. Det bör emellertid poängteras att välfärdens främjande sällan är det enda faktum att ta hänsyn till. Också andra aspekter kan spela in i bedömningen. Begreppet välstånd syftar till produktionen – ju högre produktion desto högre välstånd. Välfärden däremot mäts i parternas nytta istället för i pengar. Ovan har beskrivits att man vid en rättsekonomisk bedömning, antar att människor agerar rationellt. Detta innebär att alla frivilliga transaktioner antas öka välfärden eftersom de annars inte skulle ha ingåtts. Således kan ett underlättande av genomförande av frivilliga transaktioner sägas öka välfärden.<sup>108</sup>

Ekonomisk effektivitet kan sägas uppstå då alla handlar på en marknad med full konkurrens. Den jämvikt som bildas i och med konkurrensen är vad som kommer att vara ekonomiskt effektiv. Perfekt konkurrens kräver att alla aktörer på en marknad har all information om alla produkter på marknaden, om priserna på marknaden samt om olika kvaliteter, etc. Utifrån denna information krävs att varje individ agerar rationellt utifrån denna kunskap för att kunna optimera sin vinst. Ingen producent eller konsument får vara så stark att denne genom sitt agerande självständigt kan påverka pris eller utbud på marknaden. I ekonomisk teori kännetecknas en konkurrensmarknad av att det finns många köpare och av att många företag vill sälja varan eller tjänsten. Ekonomisk effektivitet på marknaden kan uppnås på olika vis. Pareto-effektivitet uppnås då förändringarna resulterar i att åtminstone en individ får det bättre utan att någon annan får det sämre. Pareto-optimalitet råder således när ingen förändring kan åstadkommas som innebär att någon får det bättre utan att någon annan får det sämre. Ekonomisk effektivitet kan också uppfyllas genom att Kaldor-Hicks-kriteriet uppfylls. Detta innebär att någon eller några individer får det bättre än vad övriga individer får det sämre. Med detta synsätt förutses alltså att förändringen kommer att innebära försämring för vissa, men så länge förbättringen som sker ”väger mer” än försämringen sägs kriteriet vara uppfyllt. Lagstiftning som avser att främja omsättningen grundar sig på pareto-kriteriet.<sup>109</sup> Kaldor-Hicks-kriteriet kan sägas främja den ekonomiska effektiviteten, oavsett om detta sker på bekostnad av välfärden, medan pareto-kriteriet befrämjar välfärd genom att mäta individers totala nytta av en viss transaktion.<sup>110</sup>

Då ekonomisk teori används antas således vissa faktum vara uppfyllda även om så ej är fallet. Att perfekt konkurrens råder är ett av dessa antaganden som måste göras för att möjliggöra användandet av ekonomisk effektivitetsteori. Se mer om detta nedan under kritik av metoden.

### **5.1.2 Transaktionskostnadsteorin**

Med transaktionskostnader menas de kostnader som uppkommer för både köpare och säljare då dessa skall finna varandra, ingå uppgörelse med varandra om transaktionen och för att kontrollera att uppgörelsen fullgörs. Transaktionskostnaderna är naturligt nog olika stora beroende på transaktionens art i det enskilda fallet. Om alla parter kände

<sup>108</sup> Dahlman, Rättsekonomi – en introduktion, s. 205

<sup>109</sup> Skogh, äganderätten i Sverige, s. 53

<sup>110</sup> Dahlman, Rättsekonomi – en introduktion, s. 213

varandra och kunde lita på varandra skulle transaktionskostnader sannolikt minska. Bristen på information bidrar till högre transaktionskostnader, men även om all information fanns tillgänglig skulle kostnaderna till viss del kvarstå. All information måste bearbetas och utvärderas, vilket saknas kapacitet för. Transaktionskostnaderna kan begränsas genom att två parter väljer att samverka vid upprepade tillfällen.<sup>111</sup>

Många hypotetiska transaktioner kommer således aldrig till stånd på grund av höga transaktionskostnader. Det skulle med andra ord kosta för mycket att få avtalen att komma till stånd. Det mest rationella agerandet är därför att avstå från avtalslutandet. Detta innebär att välståndet på marknaden blir mindre eftersom en mängd hypotetiska transaktioner aldrig blir verklighet på grund av transaktionskostnaderna. Välståndet sjunker också då en viss transaktion kommer till stånd trots att transaktionskostnaderna är så pass höga att avtalet leder till en förlust. Skadeståndsrätten, liksom reglerna i avtalslagen är exempel på då lagstiftaren försökt förhindra att transaktionskostnaderna innebär att avtalslutandet inte blir av.

Rörande offentlig upphandling kan en mängd transaktionskostnader aktualiseras, både för den upphandlande enheten och för leverantören. För det första innebär det kostnader för den upphandlande enheten att annonsera upphandlingen, samt att framställa ett förfrågningsunderlag vilket skickas ut till leverantörer som visat intresse för annonsen. Beroende på vad som krävs i förfrågningsunderlaget kan leverantören utsättas för kostnader i syfte att uppfylla dessa krav. Om den upphandlande enheten exempelvis efterfrågar en högre miljöanpassning än vad en viss leverantör håller, kan detta innebära att leverantören lägger ut kostnader för att uppfylla detta krav. Även sådana kostnader är att räkna som transaktionskostnader. Att uppföra ett anbud innebär också en kostnad för leverantören och ingår därför också i transaktionskostnaderna. Sammantaget för den upphandlande enhetens del är det av relevans att transaktionskostnaderna ej blir så pass höga att det är mer lönsamt att utföra den annonserade verksamheten inom företaget. Konkurrens på marknaden skall bidra till att sänka kostnaderna. Med alltför höga transaktionskostnader väljer emellertid, som ovan påpekats, troligen företagen en intern verksamhet framför en offentlig upphandling varpå konkurrensen istället går förlorad.

### ***5.1.3 Ekonomisk effektivitet inom upphandlingsrätten***

LOU kan sägas syfta till att stärka effektiviteten inom näringslivet. Med detta syfte som grund är det rimligt att ta ställning till hur väl ekonomisk effektivitet tillvaratas i och med befintliga regler. Ett företags resurser tas i anspråk i och med produktion av nyttigheter. Av den anledningen krävs att företaget arbetar kostnadseffektivt.

Från samhällsekonomisk synpunkt kan skadeståndsrätten ses som ett sätt att främja ekonomisk effektivitet. I avsaknad av skadeståndsregler inom upphandlingsrätten vore det rimligt att anta att de upphandlande enheterna sällan skulle välja lösningar som tog mer av enhetens kostnader i anspråk – oavsett om dessa lösningar på ett bättre sätt överensstämde med upphandlingsreglerna. Med detta menas att en upphandlande enhet antas ha för avsikt att välja billigaste lösningen utan att för den skull råka ut för skadeståndsanspråk. Under förutsättning att risken för skadeståndsanspråk inte fanns skulle denna avvägning mellan billigt och tillåtet troligen inte uppkomma. Då den

---

<sup>111</sup> Skogh, Äganderätten i Sverige, s. 67

upphandlande enheten ändå inte kan råka ut för skadeståndsansvar, kan det billigaste alternativet förväntas vara det som den upphandlande enheten väljer.

Att skadeståndsregler skall finnas är ett konstaterat faktum men hur leder skadeståndsreglerna till ekonomiskt effektiva lösningar inom upphandlingsrätten? I det fall reglerna kan leda till alltför stränga skadeståndsanspråk mot de upphandlande enheterna kommer färre antal upphandlingar att genomföras. Detta kan hämma samhällsekonomin genom att den aktuella upphandlingen inte kommer att konkurrensutsättas på marknaden. I de fall skadeståndsreglerna ställer höga beviskrav på den missgynnade leverantören kommer även detta att kunna leda till ekonomisk ineffektivitet. Detta eftersom potentiella leverantörer är försiktiga med att lämna anbud då de saknar regler för att säkra att upphandlingen går rätt till. Ett effektivt sanktionssystem kan således komma att bli avgörande upphandlingens ekonomiska dito. Detta sanktionssystem kan dock bestå av andra sanktionsmöjligheter än möjligheten till skadestånd. Nedan kommer en diskussion föras kring huruvida avgift, böter eller kriminalisering kan leda till en effektiv upphandlingsrätt och därmed tona ned skadeståndets funktion.<sup>112</sup>

## **5.2 Problemformuleringarna ur ett rättsekonomiskt perspektiv**

### **5.2.1 Skyddsvärda intressen**

Som ovan beskrivits kan ekonomisk effektivitet ses från flera olika perspektiv. Beroende av vilken parts intressen man anser vara mest skyddsvärda kan ett synsätt premieras framför andra. I juridiken uppställs lagregler till syfte att skydda den ena eller andra parten. I förarbeten till lagarna har således definierats vem som skall skyddas av lagen. Det händer emellertid i vissa fall att en särskild lagregel får till resultat att en skyddsvärd part ändå inte skyddas.<sup>113</sup> Så kan till exempel vara fallet med den regel som bestämmer att en skada endast ersätts med det positiva kontraktssintresset i inomobligatoriska förhållanden. I vissa utomobligatoriska fall kan det nämligen vara motiverat att ersätta en skada med det positiva kontraktssintresset för att situationen inte märkbart skiljer sig från ett kontraktförhållande. I ett förhållande som varken är inom- eller utomobligatoriskt har däremot inte lagstiftaren tagit ställning till vilken ersättning den skadelidande skall ha rätt till, och således inte heller vilken part som skall anses vara mest skyddsvärd. När nu problemformuleringarna ses ur ett rättsekonomiskt perspektiv görs en sådan avvägning mellan skyddsvärda intressen, inte utifrån de i lagen redan uppställda förhållandena aktörerna emellan, utan utifrån de förhållanden vilka existerar i det aktuella fallet. Det är, i ett sådant fall, exempelvis inte lika nödvändigt att kategorisera aktuella förhållanden i inom- respektive utomobligatoriska dito.

#### **5.2.1.1 Leverantörens intressen**

Förutsatt att den missgynnade leverantörens rätt till ersättning är det intresse som skall anses vara det mest skyddsvärda bör ersättning för det positiva kontraktssintresset kunna utdömas. Den preventiva effekten av skadeståndets utdömande kommer således att vara

---

<sup>112</sup> Se nedan under avsnitt 6.1 och 6.4.1

<sup>113</sup> Se dock ovan, under avsnitt 2.2.2 där normskyddsläran har beskrivits.

den viktigaste effekten för att skydda leverantörerna. Utifrån detta resonemang torde resultatet av det tredje beskrivna scenariot under avsnitt 1.8, då flera leverantörer ansett sig missgynnade, vara att flera skadelidande skall kunna utfå ersättning. Ur ett ekonomiskt effektivitetsperspektiv skulle detta innebära att den upphandlande enheten får ökade transaktionskostnader till följd av att en noggrannare upphandlingsprocess måste komma till stånd. Ökade transaktionskostnader kan i sin tur leda till konsekvenser, vilka kan skada konkurrensen på marknaden.<sup>114</sup> De höjda transaktionskostnaderna påverkar troligen, inte bara den upphandlande enheten, utan också varje enskild leverantör eftersom ett mycket mer omfattande underlag för anbudsgivande efterfrågas. Detta kan i sin tur innebära att småföretag skalas bort ur upphandlingen eftersom dessa saknar resurser att inge alltför omfattande anbud. Ett sänkt beviskrav kan, med bakgrund av detta resonemang, öka kostnaderna inte bara för den upphandlande enheten, utan också för leverantörerna, framförallt de mindre företagen. En noggrannare upphandling kan dock antagas vara nödvändig för att den upphandlande enheten skall kunna skydda sig mot en leverantörs skadeståndsanspråk. Det bör dock ihågkommas att proportionalitetsprincipen sätter gränsen för ett anbuds omfattning.

Regleringen av beviskraven vid ersättningsyrkande i upphandlingsfall skall således tillgodose både det allmännas intresse av låga kostnader och de kommersiella intressen som finns inom upphandlingsrätten. Om full ersättning kan erhållas ställs högre krav på leverantörerna att bevisa kausalitet mellan begångna fel av upphandlande enheter och uppkommen skada hos leverantörerna. I praktiken innebär detta att de situationer då det positiva kontraktsintresset kan utges begränsas starkt av de krav på bevisning som uppställs.<sup>115</sup> Se mer om detta nedan i analysdelen.

### 5.2.1.2 Den upphandlande enhetens intressen

Förutsatt att den upphandlande enhetens intresse av en enkel och billig upphandling är mest skyddsvärt kommer beviskraven för att utfå ersättning för det positiva kontraktsintresset att ställas högt. Möjligheten att utfå skadestånd för uteblivna intäkter kommer att vara beroende av att leverantören kan **styrka** att kontraktet skulle ha tilldelats just honom. Rätten till ersättning kommer således få en mer **reparativ** effekt eftersom det i de flesta fall endast kommer vara kostnaderna för att upprätta anbud som ersätts av skadeståndet. Denna metod kommer att minska transaktionskostnaderna och fler kommuner vågar upphandla istället för att utveckla den interna verksamheten. Däremot påverkas leverantörernas ekonomiska trygghet i upphandlingen. I flera upphandlingar, då den upphandlande enheten med tveksamhet har följt LOU:s regler kommer något skadestånd troligen inte utgå. Inte heller i fall då den skadelidande leverantören i och för sig kan visa på skada, men däremot inte kan styrka att just han skulle ha tilldelats kontraktet vid en giltig upphandling, kan något fullt skadestånd utges.<sup>116</sup>

Att ett högre beviskrav ställs på skadelidande leverantörer, vid en eventuell skadeståndstalan, kan komma att innebära att leverantörernas vilja att lämna in anbud vid en annonserad upphandling minskar. Dessutom torde en skadelidandes processvilja minska i och med svårigheterna att bevisa skadan. En skadeståndsprövsprocess är en dyr

<sup>114</sup> Skogh, Äganderätten i Sverige, s. 60

<sup>115</sup> Prop. 1992/93:88 s. 46

<sup>116</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 505ff.



historia, i synnerhet för ett mindre företag, vilket innebär att en sådan process inte kommer att påbörjas då chanserna till skadestånd är små. En skadeståndsprocess drar dessutom ofta ut på tiden<sup>117</sup> och många leverantörer har troligen svårt att driva en process under flera år. Ovan har beskrivits småföretagens svårigheter att ingå i ett upphandlingsförfarande då transaktionskostnaderna är alltför höga, men även i detta fall verkar de små företagen komma i kläm. Osäkerheten i ett upphandlingsförfarande, i kombination med svårigheterna att få ersättning för en felaktig upphandling, bidrar troligen till leverantörernas rädsla att ingå upphandlingar som kan innebära höga kostnader. En naturlig följd av ett högt ställt beviskrav är troligen att den upphandlande enhetens noggrannhet vid upphandlingsförfarandet tillmäts mindre betydelse. Eftersom att risken för skadestånd minskas kan vissa mindre seriösa upphandlande enheter välja att direktupphandla en tjänst eller vara. I det fall beviskraven är högt ställda leder troligen en direktupphandling sällan till en skadeståndstalan. Om det däremot föreligger ett fel, exempelvis i förfrågningsunderlaget, är detta relativt lätt att bevisa vid en skadeståndstalan. Den upphandlande enheten kan således komma att välja att genomföra en direktupphandling med låg skadeståndsrisk hellre än att lämna ut ett förfrågningsunderlag med risk för att detta består av felaktigheter.<sup>118</sup>

### 5.3 Rättssäkerhet

Ovan har författaren beskrivit den argumentation vilken går att föra då ekonomisk effektivitet är det mätinstrument man har för ögonen. Nedan följer ett liknande resonemang där istället rättssäkerhet styr resultatet. Till att börja med följer en beskrivning av värdefulla begrepp, vilka är aktuella vid en beskrivning av rättssäkerhet samt dess motsats. Rättssäkerheten – bestående av olika värden – betraktas ofta som rättstillämpningens övergripande mål. Rättssäkerheten används snarast som ett samlingsbegrepp, vilket sammanfattar ett antal principer.<sup>119</sup> Dessa principer kan i sin tur ledas tillbaka till, och baseras på vissa grundläggande värden.

#### 5.3.1 Förutsebarhet

Begreppet rättssäkerhet består bland annat av ett förutsebarhetskrav.<sup>120</sup> Detta förutsebarhetskrav bygger i ordets bemärkelse, på principen att alla beslut innebärande rättsskipning eller myndighetsutövning bör vara förutsebara. Med detta menas att individer i samhället skall kunna förutse de rättsliga beslut som följer av ett visst handlande. Förutsebarheten måste med andra ord baseras på lagen vilken i sin tur måste vara etiskt motiverad. Den på lagen baserade förutsebarheten kan emellertid jämkas samman med andra värden tillhörande rättssäkerhetsbegreppet. För att förutsebarhetskravet skall kunna uppfyllas är det av stor vikt att lagen består av generella regler, vilka har utgångspunkten att lika fall skall behandlas lika. I ett demokratiskt samhälle är lagen ett uttryck för medborgarnas vilja och därmed också medborgarnas intressen. Med detta som utgångspunkt är det rimligt att anta att lagen skall vara förutsebar för de medborgare som på demokratisk väg har varit med och

---

<sup>117</sup> Se exempelvis det senaste skadeståndsmålet i upphandlingsrätt, vilket kom upp i tingsrätten år 2001 och ännu inte är avslutat i Högsta domstolen.

<sup>118</sup> NOU:s kartläggning av fel och brister 1999, s. 13 ff.

<sup>119</sup> Peczenik, Vad är rätt? s. 92

<sup>120</sup> Peczenik, Vad är rätt? s. 89 f

skapat den. Som ovan har nämnts, och som även senare i uppsatsen kommer att få betydelse, är förutsebarhetskravet en av de viktigaste faktorerna i en väl fungerande upphandlingssituation.

### **5.3.2 Rättvisa**

Som ovan nämnts bör förutsebarhetsprincipen jämkas samman med andra så kallade etiska värden. Att förutsebarhet råder är inte alltid tillräckligt för att rättsäkerhet skall anses föreligga. Så är till exempel fallet då en regel – som i och för sig går att förutse konsekvenserna av – är direkt orättvis mot vissa individer.<sup>121</sup> En balans mellan förutsebarhet och rättvisa är således ett krav för att rättstillämpningen skall godtas. I vissa fall kan en ökning av förutsebarheten leda till ett minskat beaktande av andra etiska värden, såsom exempelvis rättvisa. I andra fall, då principen om rättvisa får alltför stort utrymme, kan emellertid resultatet bli omvänt och istället kan förutsebarheten gå förlorad. Ett exempel på detta är att en generalklausul som underlättar en rättvis bedömning av konkreta fall, kan vara svår att förutse resultatet av. Problem uppstår således då de etiska värdena är så pass obestämda att rättens legitimitet hotas. För att undvika att förutsebarheten går förlorad i rättstillämpningen, är det av stor vikt att de etiska värdena är tillräckligt precist utformade.

### **5.3.3 Flexibilitet och stabilitet**

Rätten existerar inte för sig självt utan i ett samhälle. Varje rättssystem är omgivet av ett samhälles kultur, olika maktförhållanden, ekonomiska förhållanden etcetera. Samhället förändras i allt snabbare takt och dess struktur blir alltmer komplicerad. Rätten måste, av denna anledning, anpassas till de förhållanden som råder i samhället. Vikten av rättssystemets flexibilitet kommer härmed till uttryck. Även här krävs emellertid en väl avvägd kompromiss mellan stabilitet och flexibilitet för att tillfredsställa såväl kravet på den formella likheten inför lagen, som den materiella rättvisan. Med den formella rättvisan menas således sådan rättvisa som baseras på korrekt lagstiftning, medan den materiella rättvisan baseras på en förnuftig avvägning mellan olika hänsynstaganden. Ett exempel vad gäller utvecklingen inom upphandlingsrätten kan ges då upphandlingen kan ske på elektronisk väg. De nya upphandlingsmetoderna får ej innebära rättsosäkerhet på grund av rättssystemets stelhet.

## **5.4 Problemformuleringarna ur ett rättsäkerhetsperspektiv**

Tidigare har beskrivits att vad som avgör huruvida beviskraven skall ställas högt eller lågt inte är helt självklart. Denna fråga är dock av central betydelse ur rättsäkerhetssynpunkt.<sup>122</sup> I det fall beviskravet ställs lågt, finns risken att antalet domar ökar, där det är osäkert om den upphandlande enheten faktisk har begått en skadevällande handling. Beviskravet kan inte heller ställas alltför högt eftersom detta skulle innebära att den upphandlande enhetens felaktiga beteende inte bekämpas tillräckligt väl. Här blir det sålunda fråga om en intresseavvägning mellan den

---

<sup>121</sup> Jmf Hitlerargumentet, Peczenik, Vad är rätt? s. 97

<sup>122</sup> Bolding, Går det att bevisa? s. 114

upphandlande enhetens och leverantörernas intressen. Är det mest väsentligt att den upphandlande enhetens orätta handlande förhindras genom ett lågt ställt beviskrav, eller att enheten är skyddad mot skadeståndsanspråk genom ett högre ställt beviskrav? Intresseavvägningen behöver härmed kopplas till ovanstående diskussion om förutsebarhet, rättvisa och rättssystemets flexibilitet.

#### ***5.4.1 Leverantörens rättssäkerhet***

Redan tidigare har framgått att för att anbudsgivarens rättssäkerhet skall kunna upprätthållas ställs krav på ett fungerande sanktionssystem. Anbudsgivarens möjlighet till skadestånd skall säkerställa dennes rättvisa behandling. Om beviskravet för skadestånd ställs högt kommer fler orättvisa upphandlingar att omärkligt försvinna igenom systemet. I nuläget förekommer ytterst få skadeståndsyorkanden mot upphandlande enheter. Detta förklaras dels med de dyra och utdragna processerna, dels med de små chanser som finns för leverantörerna att kunna visa på skada med tillräcklig stor sannolikhet. Leverantörernas rättssäkerhet tryggas således genom att beviskravet för orsakssamband och vållande ställs lägre. Principen om rättvisa är således den tyngst vägande principen bland de ovan beskrivna som ingår i begreppet rättssäkerhet. Leverantörernas rättvisa behandling kan således komma att innebära att förutsebarheten för den upphandlande enheten till viss del går förlorad. Kravet på förutsebarhet uppfylls då båda parter är medvetna om vilka ageranden som leder till skadeståndsanspråk samt vilka beviskrav som är tillräckliga för ett utdömande av skadestånd. Ett för högt ställt beviskrav torde kunna innebära att potentiella leverantörer tappar förtroendet för att en upphandlande enhet som agerar felaktigt blir skadeståndsskyldig enligt upphandlingsreglerna.

Genom rättssystemets flexibilitet kan den förfördelade leverantörens rättssäkerhet tryggas eftersom en felaktig upphandling, med en flexibel lagstiftning, torde kunna leda till full ersättning för en skada – oberoende av om skadan skett utanför ett kontraktförhållande. Med hänsyn till att det ligger i den skadelidande leverantörens intresse att kunna utfå ersättning med det positiva kontraktintresset är det rimligt att anta att det också ligger i deras intresse att ett sådant skadestånd kan utges även i utomobligatoriska förhållanden. Med detta resonemang menas att en mer flexibel lagstiftning, vilken i större utsträckning lämnar den kategoriska indelningen av rätten, skulle innebära att ersättning för förlorade intäkter oftare kan utges till en skadelidande leverantör.<sup>123</sup>

#### ***5.4.2 Upphandlande enhetens rättssäkerhet***

Den upphandlande enhetens intresse består i att kunna genomföra en upphandling enkelt och effektivt med en minimal skadeståndsrisk. Ju mer den upphandlande enheten måste kunna motivera sitt val av leverantör, desto utförligare underlag för upphandlingen krävs. Den upphandlande enhetens intresse ligger således i förutsebarhetsprincipen. Så länge den upphandlande enheten sköter sina upphandlingar klanderfritt vill enheten ej heller bli utsatt för en skadeståndstalan på grund av att fel leverantör väljs. Den upphandlande enheten är ”kunden” i upphandlingsförfarandet och torde således, enligt

---

<sup>123</sup> Hentze och Sylvén, Kommentarer till LOU, s. 362. Se även nedan under avsnitt 6.2.1

det nöta talesättet, ha en viss rättighet att välja den leverantör som anses kunna passa bäst för uppdraget, utan att för den skull bli skadeståndsskyldig. Ett flexibelt rättssystem, skulle innebära att den upphandlande enheten än mer sällan kan förutse vilka handlingar som kan leda till skadeståndsskyldighet. För att uppfylla den upphandlande enhetens rättssäkerhetsintresse bör således lagen vara utformad på så vis att skadeståndsskyldigheten är lätt att förutse. Dessutom bör ett högt beviskrav ställas på den missgynnade leverantören för att den upphandlande enheten skall ha viss valfrihet bland de leverantörer som lämnat anbud. Om beviskravet ställs högt på den missgynnade leverantören kommer inte de upphandlande enheterna få ett skadeståndsanspråk mot sig enbart på grund av att de väljer en leverantör med visst subjektivt inslag i bedömningen. Den upphandlande enhetens möjlighet att välja leverantör utan risk att bli ersättningsskyldig bör inte blandas samman med de fall då en otillåten direktupphandling genomförs. Upphandlingen skall naturligtvis gå rätt till men med färre formella krav skulle denna vara lättare för den upphandlande enheten att genomföra.<sup>124</sup> Slutligen är det av stor vikt för den upphandlande enheten att dennes risk för att bli skadeståndsskyldig till flera leverantörer på samma gång begränsas. En närmare diskussion kring detta förs nedan. Här kan endast påpekas att rättviseargument torde kunna begränsa en sådan skadeståndsskyldighet eftersom det kan leda till att den upphandlande enheten tvingas ersätta mer än vad den totala upphandlingen sammanlagt kostar.<sup>125</sup>

## 5.5 Ekonomisk effektivitet och rättssäkerhet

I ovanstående avsnitt har författaren försökt separera metoderna rättssäkerhet och ekonomisk effektivitet såsom två olika argumentationssätt. Dessa argument kan emellertid inte fullt ut särskiljas, vilket härmed skall belysas. Om leverantörer från början vore medvetna om att de aldrig kan vinna ett anbud och inte heller kan ha rätt till ersättning om den upphandlande enheten gör sig skyldig till skada på grund av ouppnåeliga beviskrav, skulle troligen få leverantörer lämna anbud. Viljan att lämna ett anbud torde bli svagare i takt med att vinstchanserna försämras. I detta fall kopplas således de båda perspektiven samman till en form av ekonomisk rättvisa. Att alla parter har förtroende för systemet är av avgörande betydelse för att parterna skall anse en offentlig upphandling vara värd att genomföra. Finns inte detta förtroende föreligger troligen risk för att färre upphandlingar genomförs. Att färre upphandlingar genomförs, oavsett om det beror på den upphandlande enhetens eller leverantörernas missnöje, hämmar samhällsekonomin. Sammanfattningsvis kan således konstateras att om fler orättvisa upphandlingar försvinner igenom systemet obemärkt, på grund av svårigheterna att bevisa felaktigheterna, vill färre leverantörer medverka i upphandlingar. Samtidigt innebär ett lågt ställt beviskrav att den upphandlande enheten väljer att genomföra färre upphandlingar. Båda dessa fall av minskad rättssäkerhet leder således till minskad ekonomisk effektivitet.

Här kan dessutom erinras om den koppling vilken tidigare har beskrivits, mellan ekonomisk effektivitet och rättssäkerhet. I det fall den upphandlande enheten är osäker på vad som krävs för att genomföra en rättssäker upphandling kommer mer tid och

---

<sup>124</sup> SOU 1999:139 s. 315

<sup>125</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelse av reglerna om offentlig upphandling, s. 497

resurser krävas i varje upphandling. Som har beskrivits ovan bör ett köp genomföras endast då parternas kostnader är lägre än förtjänsterna. Att uppfylla krav på en mer rättssäker upphandling kan således komma att innebära ökade transaktionskostnader.

## 5.6 Kritik av metoderna

Den största svagheten med en rättsekonomisk teori är att en rättsekonomisk analys kräver vissa antaganden, t.ex. att människan agerar rationellt. Dessa antaganden kan vara problematiska att göra. Exempelvis förekommer olika sorters rationalitet, vilket försvårar bedömningen av om detta antagande är riktigt. Ett felaktigt antagande innebär att slutsatsen av den rättsekonomiska analysen kan ifrågasättas. För att undvika denna problematik i så stor utsträckning som möjligt krävs en genomgång av de antaganden som gjorts i varje enskilt fall, samt en bedömning av huruvida dessa antaganden är rimliga. Även rättssäkerhetsteorier består av svagheter. Det kan exempelvis nämnas att denna metod sällan ensam avgör vilket resultat ett visst juridiskt spørsmål skall nå.

### 5.6.1 Brister med metoderna

Eftersom teorin om ekonomisk effektivitet kräver att vissa fakta förutsätts, kan resultatet komma att bli missvisande i den mån dessa fakta inte stämmer överens med verkligheten. För det första råder sällan perfekt konkurrens. För det andra är priset sällan den enda avgörande faktorn då en upphandlande enhet skall välja leverantör. I offentlig upphandling används istället ofta urvalskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud, vilket försvårar såväl konkurrensutsättningen på marknaden, som den upphandlande enhetens möjligheter att försvara sitt val av leverantör. Som ovan har beskrivits är troligen varje transaktion förenad med transaktionskostnader. I samband med att ett upphandlingsavtal sluts mellan en upphandlande enhet och en anbudsgivare är dessutom dessa kostnader sannolikt av avgörande betydelse, vilket inte är fallet i samband med alla avtalsslut. Detta innebär rimligen att förändrade transaktionskostnader påverkar avtalsparternas inställning till avtalsslutandet. Vidare görs antagandet att båda parterna har en identisk inställning till risk. Detta antagande innebär också ett missvisande resultat eftersom leverantörerna och den upphandlande enheten sällan har samma möjligheter till risktagande. Ovan har detta påpekats i samband med diskussionen kring småföretagares medverkan i upphandlingen. De små leverantörerna har troligen inte samma ekonomiska förutsättningar som de större leverantörerna och inte heller som den upphandlande enheten. Att anta att parterna har samma attityd till risk är mer realistiskt då avtalsparterna är antingen två privatpersoner eller två företag med ungefär samma ekonomiska förutsättningar.<sup>126</sup> Således bör också antagandet angående parternas möjligheter till risktagande göras med stor försiktighet i förevarande fall. Ytterligare kritik som ibland riktas mot rättsekonomisk analys är det faktum att ekonomisk effektivitet är ett "oetiskt begrepp" utan hänsynstagande till sociala värden.<sup>127</sup>

Vad gäller metoden att se till hur det juridiska problemet skall lösas genom ett rättssäkerhetsperspektiv har redan påpekats att detta synsätt alltid har viss relevans. All

---

<sup>126</sup> Dahlman, Rättsekonomi – en introduktion, s. 223

<sup>127</sup> Posner, Economic analysis of law, s. 26ff.

lagstiftning har till syfte att trygga parternas rättssäkerhet. Samma resonemang som fördes angående den ekonomiska effektivitetsteori kan dock föras även i detta sammanhang vad gäller de begränsade möjligheterna att ta hänsyn till alla fakta.

### **5.6.2 Resultatets användbarhet**

Rättsekonomisk teori bygger sålunda på modeller då verkligheten har förenklats. Det är då, som ovan betonats, relevant att bedöma huruvida gjorda antaganden är hållbara. Eftersom flera lagar finns till för att befrämja samhällsekonomisk effektivitet, torde rättsekonomin, i dessa fall, vara användbar. Regler vars syfte är att gynna samhällsekonomin kan med fördel ändamålstolkas med hjälp av rättsekonomisk teori.

Rättssäkerhetsperspektiv är användbart i större eller mindre utsträckning vid all lagtolkning. En lagtolkning vilken leder till ett direkt rättsosäkert resultat kommer inte att accepteras. Det som kan komma att begränsa användbarheten av detta perspektiv är emellertid bedömningen av vems rättssäkerhet som skall främjas, samt svårigheterna med att nå fram till ett det ”mest rättssäkra” resultatet

Så länge den som använder sig av någondera av metoderna är medveten om dess begränsningar kan metoden emellertid hjälpa till att se problematiken ur ett nytt perspektiv. Metoderna bör således användas just som ett perspektiv snarare än som den enda sanningen.<sup>128</sup>

## **5.7 Sammanfattning**

Ekonomisk teori används för att analysera konsekvenserna av rättsliga regler och principer. En ekonomisk effektiv lösning av ett juridiskt problem består i att man utgår från vad rättsordningen kan göra för att förmå parterna att genomföra gynnande transaktioner. Juridiska regler innebärande sänkta transaktionskostnader är ett viktigt bidrag till detta. Transaktionskostnader kallas de kostnader, vilka uppkommer för de båda parterna vid ingåendet av ett avtal. Det kan här vara fråga om exempelvis annonseringskostnader. För att främja välfärd och välstånd antas också finnas en vilja att främja en effektiv användning av samhällets resurser. Skadeståndsreglerna kan bland annat sägas syfta till att hindra den upphandlande enheten från att alltid välja det billigaste alternativet utan hänsynstagande till konsekvenserna av detta val. Skulle den upphandlande enheten aldrig utsättas för skadeståndsrisk skulle troligen enheten välja det billigaste alternativet oavsett om detta ledde till att en viss leverantör skadades.

Vissa faktum måste antagas vid användandet av ekonomisk effektivitetsteori. Exempelvis antas att perfekt konkurrens råder. Eftersom så, i själva verket, sällan är fallet, kommer viss kritik kunna riktas mot det resultat vilket uppnås genom det ekonomiska effektivitetsperspektivet. Det ekonomiska effektivitetsperspektivet kan vinklas beroende av vilket intresse som lagstiftningen syftar till att skydda. I vissa fall skulle dock principen om skyddat intresse kunna komma att aktualiseras. Leverantörens intresse kan sägas bestå i att beviskraven uppställs på ett sådant vis att skadestånd motsvarande det positiva kontraktintresset kan utges. Detta kan ställas mot den

---

<sup>128</sup> Dahlman, Rättsekonomi – en introduktion, s. 212

upphandlande enhetens intresse av en enkel och effektiv upphandling där en viss möjlighet till subjektiva valmöjligheter finns. För båda parterna tillkommer dessutom det gemensamma intresset av att transaktionskostnaderna i möjligaste mån hålls nere.

Vid bedömningen av om ett visst förfarande är rättssäkert är begrepp som förutsebarhet och rättvisa av stor relevans. Med förutsebarhet menas att en person skall kunna förutse de rättsliga konsekvenser som följer av ett visst handlande. Förutsebarheten är emellertid inte ett tillräckligt rekvisit om inte det som kan förutses av regeln också uppfyller kravet på rättvisa. Slutligen finns också ett behov av att reglerna är flexibla och möjliga att anpassa till de behov som uppkommer i samhället. Detta måste dock vägas mot motsvarande behov av en stabil lagstiftning, vilket är ett villkor för att förutsebarhet skall kunna uppnås.

Också i fråga om att se problemställningarna ur ett rättssäkerhetsperspektiv är det relevant att väga parternas intressen mot varandra. Leverantörernas intresse präglas av att upphandlingen är rättvis och tillförlitlig. En mer flexibel lag ligger också i leverantörens intresse för att fullt skadestånd skall kunna utgå i fler situationer än de inomobligatoriska. Den upphandlande enheten vill i sin tur begränsa skadeståndsriskerna och göra upphandlingen så okomplicerad som möjligt. Att upphandlingen är förutsebar spelar därför stor roll för den upphandlande enheten. Ett högre ställt beviskrav gör det lättare för den upphandlande enheten att förutse vad som kan komma att innebära skadeståndsskyldighet. Rättssäkerhetsaspekten har alltid en viss relevans men är sällan den enda faktorn att ta hänsyn till. Rättsekonomi och rättssäkerhet hör samman på så vis att om rättssäkerheten går förlorad kommer färre transaktioner att genomföras. Färre gynnande transaktioner kan i sin tur antagas bidra till en försämring av den ekonomiska effektiviteten.

## 6. ANALYS

### 6.1 Problem med nuvarande regler

Risken för missbruk från båda parter sida är en viktig anledning till att reglerna måste vara balanserade. Den upphandlande enheten skall inte kunna hantera upphandlingen med vårdslöshet, men samtidigt skall inte anbudsgivaren kunna ställa orealistiska skadeståndskrav. Högt uppställda beviskrav behövs för att minska risken för missbruk från den skadelidande leverantörens sida. Såsom saken har uttryckts, bland annat i förarbeten till LOU, är de höga beviskraven ett sätt att minska belastningen på de upphandlande enheterna. En situation bör emellertid eftersträvas, varvid en skadelidande leverantör faktiskt har en möjlighet att utfå ersättning av en skadevållande upphandlande enhet. Således torde en balanserad reglering eftersträvas, där en skadelidande i och för sig kan ersättas sin skada, samtidigt som en upphandlande enhet kan besparas ett orimligt skadeståndsanspråk. Så länge som en upphandlande enhet har handlat i strid med LOU kan ett skadeståndsanspråk, med det positiva kontraktsintresset, enligt uppsatsens författares mening antagligen sällan sägas vara alltför betungande. Först när den upphandlande enheten kan bli skadeståndsskyldig med det positiva kontraktsintresset till flera skadelidande kan ett orimligt betungande skadeståndsansvar sägas vara för handen. Detta kommer att diskuteras mer nedan.

Trots att tilldelningskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud ställer till med fler bevisvårigheter kan denna upphandlingsform inte förbjudas. Den upphandlande enheten måste trots allt erbjudas möjlighet att välja leverantör, inte endast utifrån det lägsta pris som erbjuds. Proportionalitetsprincipen finns dessutom till för att begränsa den upphandlande enhetens valmöjligheter. Skadeståndsregler innebärande en viss avskräckande effekt är en nödvändighet för att enheten inte skall bortse från vilka konsekvenser ett visst handlande kan leda till. Behovet av skadeståndsreglerna tilltar ytterligare i de fall då möjligheter till övriga remedier är knappa. I konkurrensrätten föreligger möjligheten till utdömande av en konkurrensskadeavgift. Hade denna möjlighet funnits i upphandlingsrätten skulle även detta remedium fungera i avskräckande syfte för de upphandlande enheterna. De alternativa möjligheter som finns för en skadelidande leverantör är emellertid starkt begränsade i upphandlingsrätten. Dessa består i att föra talan i förvaltningsdomstol innebärande att domstolen kan besluta att upphandlingen skall rättas till eller göras om. Detta måste emellertid ske redan innan upphandlingen har avslutats, vilket innebär att skadeståndstalan är det enda remedium att ta till efter en avslutad upphandling. Alternativen böter och fängelse diskuteras i konkurrensrätten och skulle naturligtvis också ha ett avskräckande syfte, vilket innebär att skadeståndsmöjligheterna får en mindre betydelse. Böter och avgifter kan inte sägas ha till uppgift att reparera den förfördelade leverantörens skada utan istället skulle sådana remedier i större utsträckning kunna uppfylla den preventiva funktionen.

### 6.2 Bör en skillnad i beviskraven föreligga?

Fastställda beviskrav för skadestånd leder troligen till att förutsebarheten i upphandlingarna ökar. I de fall en leverantör, redan från början visste att denne aldrig



skulle kunna vinna ett visst anbud och inte heller ha rätt till full ersättning i och med förlusten av anbudet, skulle troligen färre anbud inlämnas. Färre transaktioner kan med anledning av detta tänkas komma till stånd. En större förutsebarhet kan således sägas öka den ekonomiska effektiviteten, vilket innebär att fastställda beviskrav är ett steg i riktning mot en effektivare samhällsekonomi. Så långt uppstår inga problem, utan det borde kunna konstateras att fastställda beviskrav är eftersträvansvärda för att främja en mer förutsebar lagstiftning.

För att kunna besvara frågan som ställs i rubriken, torde det vara nödvändigt att först och främst föra en diskussion om fastställda beviskrav är lämpligt att ha. Framförallt två frågor uppkommer och kräver svar, vid bestämmandet av om fastställda beviskrav är eftersträvansvärda. För det första skall diskuteras huruvida olika typer av ersättning kan förekomma trots att de juridiska kategoriseringsreglerna hindrar detta – **den juridiska systematikens gränser**. För det andra behöver utrönas vad som över huvud taget är avsikten med olika typer av ersättning – **positivt och negativt kontraktsintresse**.

### ***6.2.1 Den juridiska systematikens gränser***

Under förutsättning att de juridiska initiala kategoriseringarna efterföljs, uppstår ingen fråga angående huruvida olika beviskrav skall uppställas i olika situationer eller ej. Detta eftersom fastslagen praxis talar om för oss när vilken typ av ersättning får förekomma. Det är emellertid viktigt att ihågkomma att dessa kategoriseringsbestämmelser endast återfinns i praxis, varför det torde vara rimligt att fundera över vilken giltighet man bör ge denna.

Flera allmänna skadeståndsrättsliga principer ligger till grund för bedömningen av hur ersättning till en skadelidande part skall utgå. Som exempel kan nämnas den avtalsgrundande lojalitetsplikten vilken kortfattat har beskrivits ovan. I de fall rätt till skadestånd kan aktualiseras i ett upphandlingsförfarande tillämpas emellertid den särskilda lagstiftningen kring offentlig upphandling. Frågan blir således om de allmänna rättsprinciperna kan komma att få betydelse även vid bedömningen av en skadeståndsrättslig handling i ett upphandlingsförfarande. Om så är fallet torde exempelvis culpa in contrahendo kunna tillämpas också vid en offentlig upphandling, då en leverantör har lurats in i ett upphandlingsförfarande på grund av oriktiga upplysningar. Detta trots att principen kan antas gälla enbart vid avtalsslut mellan två privata avtalsparter och offentlig upphandling berör avtalsslut mellan det privata och det offentliga.

En ytterligare princip som kan bidra till samma problematik är den som har behandlats ovan, vilken innebär att ersättning för det positiva kontraktsintresset endast skall kunna utgå i inomobligatoriska förhållanden. Med bakgrund i vad som ovan har framkommit torde ersättning med det positiva kontraktsintresset emellertid vara en rimlig möjlighet också i upphandlingsrättsliga fall. I det fall den skadelidande leverantören har bevisat skadan, och sambandet mellan skadan och den upphandlande enhetens skadevällande handling, vore ersättning med det positiva kontraktsintresset en rimlig påföljd för skadevällaren.

Eftersom LOU till stor del baseras på EG-rätten är det av stor vikt att de svenska upphandlingsreglerna står i överensstämmelse med de EG-rättsliga. Således kan de

traditionella svenska skadeståndsrättsliga principerna få stå tillbaka till fördel för rättsmedelsdirektiven i den mån dessa reglerar bevis- och beräkningsfrågor av skadeståndet vid en offentlig upphandling. I förevarande fall förekommer emellertid inga bestämmelser kring huruvida det positiva kontraktsintresset skall kunna utdömas eller ej i EG-rättslig reglering. Det kan endast konstateras att ett mer verkningsfullt efterföljande av EG-rätten troligen uppfylls genom att ersättning med det positiva kontraktsintresset kan utdömas.

Under förutsättning att ersättning för det positiva kontraktsintresset kan utfås även i förhållanden som inte är inomobligatoriska, kommer de upphandlingsrättsliga skadeståndsreglerna att skilja sig från de allmänna reglerna om skadestånd. Konsekvenserna av att skadeståndsreglerna i LOU skiljer sig åt från de allmänna reglerna om skadestånd, ligger i att förutsebarheten minskas. Som tidigare har påpekats<sup>129</sup> är förutsebarheten inte det enda värdet att ta hänsyn till – det är inte tillräckligt att en regel går att förutse om den inte samtidigt bidrar till rättvisa. Således torde det vara av stor vikt att de, sedan länge fastställda principerna, rättar sig efter de behov som uppkommer i samhället. Samhället utvecklas kontinuerligt, vilket medför att de gamla fastställda principerna kommer passa illa in på de konstruktioner som uppstår i samhället. Mot denna bakgrund kan konstateras att de konsekvenser, vilka följer av att skadeståndsreglerna anpassas efter verkliga situationer, snarare än efter en förutbestämmd indelning, är att föredra framför det omvända. Författaren menar att en förutsebar och därmed mer rättvis upphandling på så vis kommer till stånd. Detta genom att alla skadelidande leverantörer med uppvisande av tillräcklig bevisning, kan tillräknas samma typ av skadestånd. Således sker denna bedömning oberoende av om skadan skett i en klart inomobligatorisk situation eller i en situation vilken inte med enkelhet kan delas in under denna kategorisering av inom- och utomobligatoriskt skadestånd. I det fall en fortsatt kategorisering av förhållanden vari en skada har inträffat, är att föredra, bör alternativa kategorier inarbetas. Ifråga inom- respektive utomobligatoriskt skadestånd kan konstateras att behov finns av en tredje kategori, mellan dessa två, men en sådan finns ännu inte inarbetad i rättspraxis.

### ***6.2.2 Positivt och negativt kontraktsintresse***

Vad är poängen med att kunna utfå skadestånd motsvarande det negativa kontraktsintresset<sup>130</sup> då det positiva kontraktsintresset kan utfås? Hade den skadelidande leverantören vunnit kontraktet hade någon ersättning för kostnader inte erhållits. Det vederlag som erhålls i och med kontraktets tilldelande skall täcka de kostnader som leverantören har haft för att lämna anbud samt de kostnader som leverantören har under utförandets gång. Tidigare har konstaterats att det negativa kontraktsintresset skall kunna utbetalas då reparation av en viss skada skall ske. Oftare i upphandlingssammanhang torde emellertid preventionstanken vara mer betydelsefull än tanken att en skada skall repareras. Detta bör kunna konstateras efter att se dels till lagens syfte, dels till EG-rättens betydelse för upphandlingsrätten och därmed dess inställning till skadeståndets verkan. Som ovan har påpekats är emellertid skadeståndet inte det enda sättet att uppfylla den preventiva effekten på. Böter för den upphandlande enheten är ett annat exempel på hur denna preventionstanke kan uppfyllas.

---

<sup>129</sup> Se ovan under avsnitt 5.3.2

<sup>130</sup> Såsom yrkas i det första beskriva scenariot under avsnitt 1.8

En ytterligare aspekt att ta hänsyn till vid bedömningen av om kostnaderna skall kunna ersättas har samband med de bevisvärigheter, vilka nämnts ovan.<sup>131</sup> Det har alltså att göra med den skadelidandes svårigheter att bevisa vilka av de utlagda kostnaderna som bör räknas in i ersättningen. Vissa kostnader som utlagts kan nämligen ha inneburit en förbättring av leverantörens ”allmänna standard”, också för framtiden. Det kan exempelvis vara fråga om att en leverantör har vidtagit åtgärder för att förbättra en viss maskins tekniska kapacitet. Denna förbättrade kapacitet kan tänkas kvarstå hos maskinen också fortsättningsvis. Fråga uppkommer därför om dessa kostnader skall räknas in i ersättningen för utlagda kostnader på grund av det förlorade kontraktet, eller om så ej skall ske, med hänvisning till leverantörens framtida nytta av förbättringen. Under förutsättning att de kostnader som kan hänföras till en sådan förbättring (som kan tillmätas betydelse i framtiden), skall avräknas från ersättningen, kommer den skadelidande leverantören vilja få detta belopp så lågt ställt som möjligt. Detsamma gäller de kostnader som den skadelidande leverantören har inbesparats i och med att kontraktet tilldelats en annan leverantör. Hade den klagande leverantören tilldelats kontraktet finns en stor risk att denne belastats med ytterligare kostnader som inte aktualiseras i och med att kontraktet tilldelas annan. Det kan härmed vara fråga om dröjsmålsavgift eller dylikt. I dessa båda fall då bevisning av kostnadernas totala storlek måste ske, verkar den enda rimliga lösningen vara att en skälighetsbedömning företas i domstolen. Ty i annat fall skulle den skadelidande leverantören göra en otillbörlig vinst i och med att en högre ersättning erhålles än vad som är befogat med hänsyn till den reella förlusten.

Mot bakgrund av ovanstående resonemang, diskuteras om inte det mest rimliga vore att ersätta en skadelidande med det positiva kontraktsintresset eller inte alls. Mot detta kan emellertid invändas att den upphandlande enheten inte skall kunna slippa skadestånd på grund av att den skadelidande inte har kunnat visa att just denne skulle ha tilldelats kontraktet. I och med att beviskraven är svåra att uppfylla kan resultatet nämligen bli att den skadevållande upphandlande enheten går fri från skadeståndsskyldighet på grund av att ingen leverantör har kunnat visa att just denne skulle ha vunnit kontraktet. Således skulle ersättning med kostnaderna kunna utgå då det är visat att den upphandlande enheten har vållat skada, men då den skadelidande för den skull inte har kunnat visa att denne **sannolikt** skulle ha vunnit upphandlingen. Detta skulle innebära att den upphandlande enheten, vilken har vållat skada, i princip aldrig kommer klara sig undan skadeståndsansvar. Därtill kan anspråken bli orimligt betungande mot den upphandlande enheten eftersom flera skadelidande leverantörer kan visa på skada och därmed ersättning med det negativa kontraktsintresset.

Då den skadelidande leverantören endast begär ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset, har tillräcklig bevisning uppnåtts då denne har **visat** att hans möjligheter att erhålla kontraktet har påverkats **menligt** av den upphandlande enhetens felaktiga handlande. Som ovan har konstaterats, kan ett sådant skadestånd inte motiveras med principen att den skadelidande skall försättas i samma läge som om skadan aldrig hade inträffat.<sup>132</sup> Däremot torde sådan ersättning kunna motiveras på andra vis. Den skadelidande leverantören har exempelvis en viss berättigad förväntning då ett anbud har inlämnats. Denna berättigade förväntning består i att dennes anbud skall övervägas på samma villkor som andra anbud och också i övrigt behandlas rättvist. Skadeståndsansvar med det negativa kontraktsintresset skulle således kunna aktualiseras

---

<sup>131</sup> Se ovan under avsnitt 2.2.8

<sup>132</sup> Se ovan under avsnitt 5.2.1.2

då den upphandlande enheten har gått emot grundprinciperna för upphandlingsrätten. Detta resonemang kan till viss del sägas höra samman med efterföljandet av EG-rätten. I EG poängteras nämligen vikten av att den offentliga upphandlingen är öppen för konkurrens på den gemensamma marknaden, vilket inte är fallet då den upphandlande enheten behandlar anbud orättvist.

### **6.2.3 En skillnad i beviskraven bör föreligga**

Mot bakgrund av ovanstående kan konstateras att en uppdelning, av bevisning för kostnader respektive för vinst, innebär en större möjlighet för en skadelidande leverantör att utfå någon slags ersättning vid skada av något slag. Detta är positivt för samhällsekonomin eftersom fler transaktioner torde komma till stånd i samband med att förutsebarheten kring upphandlingsförfarandet ökar. Trots att transaktionskostnaderna kan komma att öka bör vikten av en rättvis och säker upphandling än en gång betonas. Detta leder till att en skillnad i beviskraven är en förutsättning för att olika typer av skadestånd skall kunna utgå. För att återigen knyta an till den beviskala vilken uppställs av Ekelöf, torde ersättning med det negativa kontraktsintresset kunna utges då den skadelidande har **visat/styrkt** kausalitet mellan skadan och den upphandlande enhetens handlande. I NJA 2000 s. 712 uttrycks detta som att den skadelidande måste visa 1) att en överträdelse av upphandlingsreglerna har begåtts, 2) att klaganden haft en reell chans att få upphandlingskontraktet och slutligen 3) att denna chans minskade genom det felaktiga beteendet. Dessa tre punkter torde gälla då ersättning yrkas med det negativa kontraktsintresset. Då ersättning istället yrkas med det positiva kontraktsintresset sänks beviskravet för den tredje punkten till **sannolikt**. Utöver detta måste dock, då ersättning med det positiva kontraktsintresset yrkas, den skadelidande dessutom visa att bolaget sannolikt (i princip) skulle ha erhållit kontraktet om upphandlingen gått rätt till. Då ersättning yrkas med det negativa kontraktsintresset skall den skadelidande visa att dennes möjligheter att erhålla kontraktet har påverkats menligt. Detta stadgade torde innebära en lättnad i beviskraven, eftersom det är lättare att visa att möjligheterna menligt har påverkats än att visa att så verkligen har skett.

### **6.3 Hur skall beviskraven formuleras?**

Ovan har konstaterats, dels att det är rimligt att fastställda beviskrav existerar, dels att en skillnad i dessa fastställda beviskrav bör föreligga beroende av vilken typ av ersättning som den skadelidande yrkar på. I det kommande följer en beskrivning av hur dessa beviskrav skall fastställas samt vilken problematik som är viktig att ta hänsyn till vid en sådan bestämning.

Vid diskussionen kring *hur högt* beviskraven skall ställas, blir resonemanget komplicerat, med många intressen att ta hänsyn till. Ovan har konstaterats att ett högt uppställt beviskrav i stor utsträckning kan omöjliggöra ersättning motsvarande (den hypotetiska) vinsten för den skadelidande leverantören. Detta innebär att färre transaktioner kan komma genomföras eftersom leverantörerna inte har råd att lägga ut stora kostnader på en upphandling som inte garanterar ett säkert och rättvist förfarande. Ett lägre ställt beviskrav på leverantören innebär istället att en skadelidande leverantör lättare kan utfå ersättning då den upphandlande enheten har vållat skada. Den upphandlande enheten måste härmed troligen lägga större ansträngningar på

upphandlingsförfarandet, för att säkert undgå skadeståndsansvar. Också detta påverkar den ekonomiska effektiviteten eftersom en större noggrannhet kring upphandlingen, kan komma att innebära högre transaktionskostnader. Dessa transaktionskostnader kommer inte att drabba enbart den upphandlande enheten, utan kostnaderna sprids ut på alla parter eftersom en noggrannare genomförd upphandling kräver väl utformade förfrågningsunderlag och detaljerade anbud. Detta kan i och för sig innebära en stor nackdel ifråga om att få så många transaktioner som möjligt till stånd. I och med detta kommer emellertid de flesta parter att hysa förtroende för upphandlingsförfarandet, och för de remedier som finns till för lagens efterföljande. I det kommande läggs olika resonemang fram för och emot ett lågt respektive ett högt ställt beviskrav. Detta sker dessutom med hänsyn tagen till rättssäkerhet och ekonomisk effektivitet.

### **6.3.1 Begreppsanvändning för fastställda beviskrav**

Då ersättning yrkas med det positiva kontraktsintresset ställs, i nuläget, kraven på bevisning för den missgynnade leverantören upp till att den skadelidande skall bevisa att just denne, **med sannolikhet** skulle ha tilldelats kontraktet. Det är här fråga om det andra uppmålade scenariot under avsnitt 1.8, där den skadelidande leverantören yrkar ersättning med det positiva kontraktsintresset efter att den upphandlande enheten tilldelat kontraktet utan föregående annonsering. I praktiken föreligger samma beviskrav vad gäller kausalitet mellan skadan och den upphandlande enhetens handlande, oavsett om ersättning yrkas med det positiva eller negativa kontraktsintresset. I båda dessa fall behöver nämligen den skadelidande leverantören kunna **visa/styrka** att en skada har uppkommit på grund av den upphandlande enhetens handlande. Detta är dock inte tillräckligt för utfående av ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset. I ett sådant fall måste den skadelidande leverantören, för utfående av ersättning motsvarande (den hypotetiska) vinsten, dessutom kunna visa att denne sannolikt skulle ha vunnit kontraktet. Möjligheterna till skadestånd begränsas i den utsträckning som beviskraven är möjliga att uppfylla, vilket kan leda till att skadeståndsremediet i praktiken blir svagt. En ännu större begränsning av skadeståndsmöjligheten skulle exempelvis aktualiseras om en skadelidande leverantör tvingades visa på **uppenbar** kausalitet mellan skadan och den ansvarsgrundande handlingen. Liknande resultat uppnås genom att den skadelidande tvingas **styrka/visa** att kontraktet skulle ha tilldelats just honom och ingen annan leverantör.<sup>133</sup> Bevissvårigheter uppkommer i olika grad beroende på vilken överträdelse som har skett i det enskilda fallet. Såsom har framgått ovan av NOU: s kartläggning av fel och brister i upphandlingsrätten, kan en upphandlande enhet välja att genomföra en otillåten direktupphandling på grund av att formella svårigheter föreligger vid efterlevandet av upphandlingsreglerna. Att en hypotetisk anbudsprövning skall behöva genomföras i rätten i och med ett skadeståndsyrkande borde emellertid undvikas i möjligaste mån. Processen blir både kostsam och utdragen då ett beslut om skadeståndsansvar i princip måste föregås av ett nytt upphandlingsförfarande i domstolen.

---

<sup>133</sup> Begreppen för beviskraven är hämtade från Ekelöfs beviskala och är desamma som använts tidigare i uppsatsen, under avsnitt 2.2.3. Någon fastställd begreppsanvändning förekommer inte.

### 6.3.2 Beviskrav som främjar ekonomisk effektivitet och rättssäkerhet

I kapitel fem ovan har innebörden av ekonomisk effektivitet beskrivits. Som framgått där kan denna effektivitet se annorlunda ut beroende av i vilket sammanhang perspektivet används. Ovan har därför också beskrivits vad som är ekonomiskt effektivt i upphandlingsrättsliga sammanhang. Det har där framkommit att transaktionskostnaderna spelar en viktig roll vid en offentlig upphandling. Transaktionskostnaderna är emellertid inte den enda faktor som har betydelse då en offentlig upphandling skall uppfylla rättsekonomiska krav. Förutsebarhet och trygghet kan sägas ha ett pris i dessa sammanhang eftersom ökade transaktionskostnader till viss del kan vara nödvändiga för att upphandlingsförfarandet skall anses vara tillräckligt säkert och därmed utnyttjas av så många anbudsgivare som möjligt. Den ekonomiska effektiviteten går dock förlorad då en upphandlande enhet drabbas av orimligt betungande skadeståndsansvar. Högsta domstolen löste denna problematik i NJA 2000 s. 712 genom att konstatera att skadeståndsbeloppet skall bestämmas till ett, med hänsyn till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst, uppskattat skäligt belopp. En sådan princip lämnar också utrymme för att beakta om också andra leverantörer än den som väckt talan har haft goda möjligheter att erhålla kontraktet. Den kritik som kan lämnas mot detta resonemang är att en stor del av förutsebarheten går förlorad i och med ett sorts jämningsförfarande likt det ovan beskrivna. Resonemanget minskar dessutom inte den upphandlande enhetens risk att bli skadeståndsskyldig till flera leverantörer samtidigt. Det har tidigare nämnts att en upphandlande enhet i ett sådant fall kan bli skadeståndsskyldig till mer än hundra procent.<sup>134</sup> Detta går stick i stäv med den ekonomiska effektivitetstanken. Genom att flera anbudsgivare kan ha goda utsikter till vinst, kommer den upphandlande enheten att tvingas ersätta flera leverantörer med anledning av respektive leverantörs möjlighet att erhålla kontraktet. Grundregeln inom svensk rätt, vilken tidigare har nämnts, är att endast den leverantör som rätteligen skulle ha vunnit kontraktet skall kunna kräva skadestånd med det positiva kontraktsintresset. Det kommer emellertid alltid innebära stora svårigheter för den förfördelade leverantören att visa att dennes kontrakt sannolikt skulle ha varit bättre än *samtliga andras*, inte bara bättre än det som vann anbudstilldelningen.

Som har beskrivits ovan i kapitel fem, består rättssäkerhetsbegreppet av förutsebarhet och en trygg upphandling utan osäkerhetsmoment. Ett rimligt antagande kan därför vara att så länge **tydliga regler** finns för att kontrollera ifrågasättande upphandlingsförfarande, är detta ett steg i rätt riktning för att **säkra förutsebarheten**. Detta är i och för sig riktigt, men vilket också ovan har poängterats är det inte tillräckligt att reglerna är förutsebara utan de måste dessutom kunna motiveras med **rättvisargumentation** och mot bakgrund av de syften som framkommer i lagförarbeten.

Oavsett om det är fråga om att den upphandlande enheten tilldelat anbudet till fel anbudsgivare efter en anbudsprövning, eller den upphandlande enheten helt har underlåtit att annonsera upphandlingen, ökar den skadelidande leverantörens osäkerhet i och med bevissvårigheterna. Svårigheterna kommer dock tydliggöras främst då någon upphandling inte alls har ägt rum. Detta eftersom den skadelidande leverantören då måste visa att denne sannolikt skulle ha vunnit en hypotetisk anbudsprövning. Enheten har i detta fall troligen aldrig upprättat ett förfrågningsunderlag och det är därmed inte

---

<sup>134</sup> Se ovan under avsnitt 4.4.3

heller möjligt att förutse vilka tilldelningskriterier som den upphandlande enheten hade velat väga in i anbudsprövningen. I detta fall är det således inte tillräckligt med att den skadelidande leverantören visar sitt eget anbuds konkurrenskraft, utan relevant i bedömningen är dessutom de kriterier som den upphandlande enheten anser vara av stor betydelse. I och med denna osäkerhet är det troligt att leverantören avskräcks från att väcka en skadeståndstalan.

### **6.3.3 Rättssäkerhet kontra ekonomisk effektivitet**

Rättssäkerheten och den ekonomiska effektiviteten hör, i detta sammanhang, nära samman eftersom större utgifter kommer att behöva utläggas för att en större förutsebarhet skall kunna erhållas. Med detta menar författaren att den upphandlande enheten kommer att behöva utlägga större kostnader på att formulera ett förfrågningsunderlag, vilket säkerställer att den upphandlande enhetens val kan försvaras vid en eventuell skadeståndstalan. Både rättssäkerhetsaspekten och den rättsekonomiska aspekten förenklas för båda parter då tilldelningskriteriet lägsta pris används istället för då flera kriterier formuleras till det ekonomiskt mest fördelaktiga. Ett större subjektivt moment aktualiseras då den upphandlande enheten har att välja det anbud som kan anses vara ekonomiskt mest fördelaktigt. Detta aktualiseras emellertid inte alls då den upphandlande enheten har underlåtit att annonsera upphandlingen. Under förutsättning att det mest ekonomiskt effektiva resultatet uppnås när endast en leverantör kan utfå det positiva kontraktssintresset, bör frågan ställas hur detta resultat uppnås. Detta resultat uppnås troligen inte genom att beviskraven ställs orimligt högt utan istället kan detta uppnås genom att det redan från början är fastslaget att den med bäst bevisning enligt **övertviktsprincipen**,<sup>135</sup> har rätt till skadestånd. Att använda övertviktsprincipen skulle således kunna vara en rimlig lösning på det problem som beskrivits ovan i det tredje scenariot under avsnitt 1.8, då flera leverantörer ansett sig vara missgynnade. Oförutsebarheten vid användandet av övertviktsprincipen ligger i att den skadelidande leverantören inte vet vilket beviskrav som skall tillämpas eller vilken bevisning som denne måste försäkra sig om. Fördelen med denna metod är dock att en skadevållande upphandlande enhet aldrig kommer att gå fri från skadeståndsansvar på grund av att en skadelidande leverantör inte har kunnat visa att denne sannolikt skulle ha vunnit kontraktet i förhållande till alla andra anbudsgivare. Metoden förespråkas av Leffler<sup>136</sup> med motiveringen att detta är det mest förutsebara och dessutom avskräckande för de upphandlande enheterna i och med att båda leverantörerna inte kan förlora målet utan istället kommer den upphandlande enheten med säkerhet att förlora målet.

Motiveringen till ställningstagandet i uppsatsen baseras således på att en rättvis upphandling, vilken är så förutsebar som möjligt, är att eftersträva. För detta resultat krävs att regelsystemet är relativt flexibelt och inte fast i indelningsmetoder som inte längre är applicerbara på situationer i samhället.<sup>137</sup> Ställningstagandet i uppsatsen måste dessutom vägas mot ekonomiska effektivitetsteorier. Ett resultat, som kostar alltför

---

<sup>135</sup> Principen innebär i detta sammanhang att de skadelidande som har kunnat bevisa bättre rätt till kontraktet än vinnaren, ställs mot varandra med sänkt beviskrav gentemot varandra. Minsta bevismässiga övertvikt till den ena eller andras fördel innebär att denne har rätt till ersättning med det positiva kontraktssintresset.

<sup>136</sup> Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 483ff.

<sup>137</sup> Se ovan under avsnitt 6.2.1

mycket för avtalsparterna, kan inte sägas uppfylla de krav på upphandlingsrättslig lagstiftning som uppställs i förarbetena. Således kan viss jämkning anses vara nödvändig, dels för att begränsa skadeståndets storlek, dels för att minska risken för att skadevällaren blir ersättningskyldig med mer än den totala upphandlingskostnaden.

## **6.4 Följder av en begränsad respektive utökad skadeståndsrätt**

Ovan har diskuterats hur beviskraven skall formuleras för att på lämpligaste vis, uppfylla kraven på ekonomisk effektivitet och rättssäkerhet. Utöver ett sådant besvarande torde det även vara av stor relevans att slå fast vad en begränsad respektive utökad rätt till skadestånd kan leda till i upphandlingsrätten. Ett högt ställt beviskrav torde innebära en begränsad möjlighet till full ersättning medan ett lägre ställt beviskrav torde innebära en utökad ersättningsmöjlighet.

### **6.4.1 Högt beviskrav – begränsad skadeståndsrätt**

En begränsning av skadeståndsrätten sker genom att högre beviskrav uppställs på den skadelidande leverantören. Genom att efterfölja den i svensk rätt uppställda systematiken, begränsas också skadeståndsrätten eftersom ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset utges endast i inomobligatoriska förhållanden.<sup>138</sup> Som nedan kommer diskuteras torde det emellertid inte vara rimligt att ersättning med det positiva kontraktsintresset vägras på grund av att sådan ersättning är främmande för de svenska skadeståndsrättsliga principerna. I det fall en möjlighet till ersättning med det positiva kontraktsintresset konstateras kan begränsningen av denna möjlighet ske på annat vis. Jämkning av skadeståndet har nämligen föreslagits i de fall då skadeståndet uppgår till mer än de totala upphandlingskostnaderna. Detta förslag torde vara rimligt i sådana situationer då upphandlingens värde är högt och då den upphandlande enheten har vållat skada för flera leverantörer motsvarande antingen det positiva eller negativa kontraktsintresset.

Genom en tillämpning av Ekelöfs schema över beviskrav, kan konstateras att en begränsad skadeståndsrätt torde kunna uppfyllas genom att beviskravet för den skadelidande leverantören höjs. Således måste den skadelidande kunna styrka att denne skulle ha vunnit kontraktet vid en rätteligen genomförd upphandling. Ett ännu hårdare beviskrav uppställs genom att den skadelidande måste visa att det är uppenbart att kontraktet skulle ha tilldelats denne. Vilket ovan har påpekats vore det troligen i de flesta fall omöjligt för den skadelidande att uppfylla dessa beviskrav varför en viktig uppgift är att besluta om detta är vad man vill uppnå med en begränsad skadeståndsrätt.

I denna uppsats behandlas i princip endast skadeståndsmöjligheterna inom upphandlingsrätten. Arrowsmith har dock betonat vikten av att sanktionssystemet inom offentlig upphandling skall ses som en helhet och menar att en sämre möjlighet att få andra åtgärder vidtagna för att justera ett felaktigt upphandlingsförfarande, kan kompenseras av en skadeståndsmöjlighet.<sup>139</sup> Genom att användandet av andra remedier försvåras borde alltså, enligt detta resonemang, skadeståndsmöjligheterna utökas. I

---

<sup>138</sup> Se ovan under avsnitt 6.2.1

<sup>139</sup> Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 915ff.



samma utsträckning vore det i sådant fall rimligt att begränsa skadeståndsmöjligheterna till förmån för andra remedier, såsom avgift till staten eller böter.

### 6.4.2 Lågt beviskrav – utökad skadeståndsrätt

Den kritik som Hellner<sup>140</sup> har riktat mot möjligheterna att utfå full ersättning består i att den anbudsgivare vars anbud ej har antagits kommer att bli alltför förmånligt behandlad. Inte nog med att denne får full ersättning för den vinst som denne skulle ha gjort, dessutom behöver inte anbudsgivaren ansvara för de risker, t.ex. i form av felbedömning av arbetets kostnad eller av kontraktsbrott, som en leverantör vars anbud har antagits normalt har. Med detta synsätt är möjligheten till ersättning med det positiva kontraktsintresset mycket förmånlig för de leverantörer som inte har tilldelats kontraktet. Normalt sett innebär det en stor ansträngning att fullfölja ett tilldelat kontrakt. Denna ansträngning kommer den skadelidande leverantören helt ifrån, trots att full ersättning utges till denne. I och med detta resonemang vore det rimligt att beräkna förlusten av att kontraktet inte erhöles minus inbesparandet av de kostnader som det innebär att inte behöva genomföra uppdraget. På så vis får man fram den realistiska förlusten som anbudsgivaren har fått lida på grund av den upphandlande enhetens misstag. Ovan har dock konstaterats att den kostnad som inbesparas kan vara svår att fastslå, varför en skälighetsbedömning i domstolen kommer att krävas.

En rädsla hos de upphandlande enheterna att drabbas av höga skadestånd kan innebära att upphandlingsverksamheten hämmas på så vis att den upphandlande enheten väljer att i många fler fall driva en större del av en verksamhet i **egen regi** för att slippa genomföra en upphandling.<sup>141</sup> Detta synsätt har emellertid kritiserats bland annat av Wahl av den anledningen att likaväl som dessa konsekvenser bli kraftigt kännbara för de upphandlande enheterna, en risk att inte kunna utfå ersättning vid en felaktig upphandling är mycket betungande för anbudsgivarna.<sup>142</sup> Istället bör risken för kraftiga skadestånd öka intresset av att efterleva lagstiftningen enligt Wahl.<sup>143</sup> Detta torde vara en nödvändighet på ett område där de kommersiella beteendena inte är särskilt väl utvecklade. Enligt förarbeten till LOU är möjligheten till ersättning med det positiva kontraktsintresset av värde ur effektivitetssynvinkel.<sup>144</sup> Mot denna bakgrund kan konstateras att en ersättningsrätt vilken omfattar det positiva kontraktsintresset kan komma att erfordras i näringsrättsliga förhållanden trots att detta verkar systemfrämmande i och med indelningen i inom- och utomobligatoriskt förhållande.<sup>145</sup> Detta kan emellertid motsägas med det argumentet att effektiviteten hämmas då bevismöjligheterna för ersättningsskyldighet blir alltför betungande, vilket är fallet då ersättning yrkas med det positiva kontraktsintresset.

I och med att två lagstadganden finns i LOU, vilka båda berör skadeståndsmöjligheter för en skadelidande leverantör, uppkommer frågan vilken skillnad som är avsedd med dessa två stadganden. Troligen, med hänsyn till den praxis som finns på området, är den avsedda skillnaden att ersättning enligt den sjätte paragrafen i LOU är mer omfattande

<sup>140</sup> Hellner, Upphandling och skadestånd, s. 954

<sup>141</sup> SOU 1999:139 s. 322

<sup>142</sup> Wahl, Konkurrensskada, s. 118

<sup>143</sup> Wahl, Konkurrensskada, s. 178

<sup>144</sup> Prop. 1992/93:88 s. 46

<sup>145</sup> Se mer om detta ovan, under avsnitt 6.2.1 och Wahl, Konkurrensskada s. 177

än enligt den sjunde. Såsom Högsta domstolen uttryckte sig i rättsfallet från 1998 verkade skadestånd enligt 6 § alltid omfatta det positiva kontraktsintresset. Detta har emellertid modifierats något i och med senare rättsfall. Fortfarande kan skadestånd enligt 6 § sägas vara av en mer omfattande karaktär men inte desto mindre kan skadeståndet begränsas med hänsyn till omständigheter i det enskilda fallet.

I EG-rätten förespråkas, som ovan nämnts, den preventiva funktionen av skadeståndet. Med detta menas att samma felaktiga handlande bör förhindras genom att den uppkomna skadan inte bara repareras, utan dessutom att den skadevållande avskräcks från att upprepa sitt handlande. Detta skulle kunna tala för att en utökad rätt till ersättning bör möjliggöras genom ett lägre ställt beviskrav på den skadelidande leverantören. Den preventiva funktionen kan dock, vilket påtalats tidigare, uppfyllas genom att andra remedier än skadeståndet används på ett mer verkningsfullt vis.

För att återknyta till Ekelöfs schematiska uppställning av beviskraven innebär en utökad skadeståndsmöjlighet att beviskravet för att kontraktet skulle ha tilldelats den skadelidande leverantören, sänks till sannolikhet. Detta är också vad som har skett i det rättsfall, vilket ovan har refererats.<sup>146</sup> Innebörden av en utökad skadeståndsrätt består också i de konsekvenser som har beskrivits ovan. En utökad skadeståndsrätt kan således leda till konsekvenser i form av att flera skadelidande leverantörer kan begära skadestånd innebärande att den upphandlande enheten blir skadeståndsskyldig med mer än de hundra procent som utbetalas till den som erhåller kontraktet.

### **6.4.3 Flera skadelidande**

Ett ytterligare problem som har påpekats ovan, är det fall då flera skadelidande leverantörer yrkar skadestånd och den bevisrättsliga problematik som kan uppstå i och med detta. En uppenbar överträdelse från den upphandlande enhetens sida kan komma att bli ostraffad, på grund av de bevisvärigheter som uppkommer för de skadelidande leverantörerna. Detta eftersom leverantörerna kan hamna i en sådan situation att de utan svårighet kan bevisa att dess anbud är bättre än det som tilldelats kontraktet, men inte har kunnat bevisa att man borde ha vunnit kontraktet framför en annan missgynnad leverantör. Denna problematik har i och för sig mildrats i samband med att Högsta domstolen har sänkt beviskravet till att leverantören endast behöver visa att denne sannolikt skulle ha vunnit kontraktet, men problemet undanröjs inte helt. Den ovan beskrivna metoden – innebärande ett användande av överviktsprincipen – skulle i och för sig innebära en viss oförutsebarhet för den skadelidande ifråga om vilken bevisning denne måste upp bära för att ersättas med det positiva kontraktsintresset. I dagsläget kan emellertid en ännu större osäkerhet sägas råda. I nuläget är det nämligen svårt för en skadelidande leverantör att veta vad som krävs av denne för att utfå ersättning med det positiva kontraktsintresset – och i vissa fall om detta över huvud taget är möjligt. Den skadelidande skall i detta fall, först och främst, med sannolikhet bevisa att han haft bättre rätt till kontraktet än den som faktiskt erhöll detsamma. Därutöver uppkommer risken att han kan vara tvungen att konkurrera med andra skadelidande leverantörer för det positiva kontraktsintresset. Ovan har också beskrivits den eventuella problematik som uppkommer om den upphandlande enheten kan åberopa att en tredje anbudsgivare borde ha tilldelats kontraktet, och därigenom undgå skadeståndsansvar.<sup>147</sup> Möjligheten

---

<sup>146</sup> NJA 2000 s. 712

<sup>147</sup> Se ovan under avsnitt 4.4

till ett sådant resultat skulle ytterligare öka leverantörernas risk att gå miste om ersättning vid en felaktigt genomförd upphandling. Enda metoden att komma ifrån detta orimliga resultat torde vara genom en domstols skälighetsbedömning i det enskilda fallet.

Det som leder till en alltför tung belastning för den upphandlande enheten är, som ovan har beskrivits, inte i första hand, risken för att bli skadeståndsskyldig med det positiva kontraktsintresset. Detta är i och för sig ett allvarligt straff, men det torde stå i proportion till den överträdelse vilken den upphandlande enheten gjort sig skyldig till. En större belastning ligger i stället i risken för den upphandlande enheten att bli skadeståndsansvarig gentemot flera. Den begränsning av skadeståndsrätten som gjorts, genom att ett högt beviskrav har ställts upp för att få rätt till skadestånd, leder emellertid inte enbart till att bevisningen försvåras för flera skadelidande att utfå skadestånd. Detta kan dessutom, som ovan har påvisats, leda till att ingen skadelidande lyckas uppnå det uppställda beviskravet och således går den upphandlande enheten fri från skadeståndsansvar. En lösning på detta problem har ovan beskrivits, nämligen genom en tillämpning av överviktsprincipen. Denna princip borde emellertid användas först när de skadelidande leverantörerna har uppnått det beviskrav som uppställs. Därefter kan den med bevismässig övervikt ersättas med motsvarande det positiva kontraktsintresset.

#### ***6.4.4 Rimlig nivå på uppställda beviskrav***

Mot bakgrund av ovanstående resonemang kan konstateras att beviskraven bör uppställas på en sådan nivå att en rimlig möjlighet finns för en skadelidande att utfå ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset. De risker som detta konstaterande är förknippat med, exempelvis ifråga om ökade transaktionskostnader, får enligt uppsatsens författare, anses vara färre och mindre allvarliga, än de risker som det innebär för upphandlingarnas genomförande, då leverantörerna redan från början är medvetna om att chansen till att få full ersättning är liten. En vidare slutsats som kan dras av detta är att en skadelidande som uppburit lägre bevisning, ändå kan ersättas med motsvarande det negativa kontraktsintresset. Detta för att den upphandlande enheten inte helt skall kunna undgå skadeståndsansvar på grund av att tillräcklig bevisning för ersättning med det positiva kontraktsintresset inte har uppburits. Vid uppställandet av beviskrav torde en fast begreppsanvändning vara att föredra.

### **6.5 Kort angående, i avsnitt 1.8 beskrivna scenarion**

På ett flertal ställen i uppsatsen har författaren återkommit till de exempel som målades upp tidigare i uppsatsen. Här sker därför endast en kort sammanfattning av vad de olika scenariona kan leda till för resultat. Utöver de tre beskrivna scenariona kan ett otal olika varianter förekomma varför denna beskrivning på intet vis kan anses vara uttömmande. Som ovan har framkommit skulle det första beskrivna scenariot (ekonomiskt mest fördelaktiga anbud efter annonsering) innebära att leverantör X endast behöver bevisa att hans chanser att tilldelas kontraktet, har påverkats menligt av den upphandlande enhetens handlande. Anledningen till varför leverantör X inte kan erhålla ersättning också motsvarande (den hypotetiska) intäkten, torde vara att denne inte kan bevisa att just han sannolikt skulle ha tilldelats kontraktet om upphandlingen gått rätt till. Ett resultat liknande detta kan sägas vara baserat på tanken att den upphandlande enheten inte skall drabbas orimligt hårt av ett skadeståndsanspråk. I det andra beskrivna

scenariot torde sålunda leverantör X råka ut för stora bevissvårigheter, då denne vill utfå ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset. För erhållande av sådan ersättning uppställs krav på att leverantör X visar att han sannolikt skulle ha erhållit kontraktet vid en rätteligen genomförd upphandling. Slutligen, vad gäller det tredje beskrivna scenariot (flera leverantörer) kan konstateras att ersättning till flera skadelidande kan komma att aktualiseras. Sätt som innebär en begränsning av sådan skadeståndsskyldighet har dock beskrivits. Exempelvis torde ersättning med det positiva kontraktsintresset endast kunna utgå till en enda leverantör genom en tillämpning av överviktsprincipen. Under förutsättning att det första scenariot, då ersättning med det negativa kontraktsintresset, är den enda möjliga skadeståndsansättningen att utfå kan ekonomisk effektivitet sägas vara uppfylld genom att upphandling gynnas framför att tjänsten genomförs i egen regi. Om istället andra och tredje alternativen kan komma ifråga (ersättning med det positiva kontraktsintresset till flera skadelidande) tonas risken ned för att den upphandlande enheten väljer produktion i egen regi framför upphandling. Istället anses intresset hos de upphandlande enheterna att efterfölja lagstiftningen bli större genom kraftigare skadeståndssanktioner och lägre ställda beviskrav för de skadelidande.

## 7. RESULTAT OCH AVSLUTANDE SAMMANFATTNING

Sammanfattningsvis kan konstateras att uppsatsens författare, i analysdelen, kommit fram till, dels att olika typer av ersättning bör kunna förekomma, oberoende av den juridiska kategoriseringen som finns väl förankrad i rättspraxis, dels att olika beviskrav bör uppställas till olika typer av ersättningsyrkanden. Ersättning motsvarande kostnaderna borde dock endast komma att aktualiseras då en skadelidande leverantör, kan visa på skada, men inte att denne sannolikt skulle ha vunnit kontraktet om den upphandlande enheten handlat i överensstämmelse med lagen. För att utfå denna ersättning räcker att den skadelidande kan visa att dennes möjligheter att tilldelas kontraktet menligt har påverkats av den upphandlande enhetens handlande. I de allra flesta fall bör det emellertid ligga i den skadelidande leverantörens intresse att utfå ersättning för hela den förlorade intäkten i och med att kontraktet ej tilldelades honom.

### 7.1 Framlagd argumentation

Endast en begränsad mängd klaganden angående vilken bevisning som skall uppbäras finns i upphandlingsrättslig praxis. Däremot finns allmänna beviskrav uppställda i svensk skadeståndsrätt, som således kan ge vägledning även ifråga om vilka beviskrav som skall gälla för ett ersättningsyrkande inom upphandlingsrätten. Då en skadelidande leverantör vill ha ersättning med det negativa kontraktsintresset skall denne för det första styrka att en överträdelse av upphandlingslagen har skett, för det andra, som ovan nämnts, att den skadelidande skulle ha haft en rimlig chans att få upphandlingskontraktet och, för det tredje, att denna chans minskade i och med den upphandlande enhetens överträdelse.

Med de bevisvårigheter som idag föreligger för skadelidande leverantörer, är ersättning med det positiva kontraktsintresset svårt att utfå. I förarbeten till LOU har framgått att möjligheterna till ersättning med det positiva kontraktsintresset begränsas i och med de beviskrav som uppställs på den skadelidande parten. Det har framkommit en oro över att den upphandlande enheten kan komma att drabbas av ett alltför betungande skadeståndsansvar, vilket i sin tur kan hämma samhällsekonomin. Den slutsats som kan dras av ovanstående analys, torde vara att en begränsning av detta skadeståndsansvar i och för sig är nödvändig, men att detta inte bör ske genom att omöjliggöra full ersättning för en skadelidande leverantör. De konsekvenser som bör undvikas är istället att en upphandlande enhet drabbas av skadeståndsanspråk med det positiva kontraktsintresset, från flera olika skadelidande leverantörer. Ett sådant resultat skulle, med stor sannolikhet, begränsa antalet offentliga upphandlingarna på marknaden. Ett efterföljande av den metod, vilken beskrivits ovan,<sup>148</sup> innebärande att endast en skadelidande leverantör kan erhålla ersättning motsvarande vinsten, men att alla skadelidande leverantörer inte kan förlora rätten till ersättning, förespråkas därför av uppsatsens författare. Detta resonemang torde likväl kunna innebära att en skadelidande ersätts med det positiva kontraktsintresset och andra med det negativa. En viss begränsning av denna problematik kan ske genom att en möjlighet till jämkning av skadeståndet medges. Jämkning av skadeståndet för att undvika att det överstiger de totala upphandlingskostnaderna torde sålunda vara ett bra sätt att begränsa rätten till skadestånd, utan att för den skull låta rätten till ersättning med det positiva kontraktsintresset helt gå om intet.

---

<sup>148</sup> Överviktsprincipen, Leffler, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, s. 483.

### ***7.1.1 Rättssäkerhet och ekonomisk effektivitet***

Rättsekonomin och rättssäkerhetsperspektivet utgör viktiga hjälpmedel vid ändamålstolkning av lagreglerna och vid bestämmandet av hur beviskraven bör formuleras beroende av vilken typ av skadeståndsanspråk som yrkas. Leverantören skall inte behöva styrka att kontraktet skulle ha erhållits under förutsättning att den upphandlande enheten handlat rätt, utan tillräcklig bevisning har framlagts då den skadelidande leverantören kan visa att anbudet sannolikt skulle ha kunnat tilldelas den skadelidande leverantören om upphandlingen gått rätt till. Detta kan emellertid innebära svårigheter för den upphandlande enheten, eftersom det troligen ofta finns fler leverantörer, vilka uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget lika bra. Som ovan beskrivits har Högsta domstolen slagit fast att det inte behöver vara upp till den skadelidande leverantören att bevisa att kontraktet inte skulle ha gått till någon av dessa leverantörer, utan tillräckligt är att bevisa sin egen möjlighet att vinna upphandlingen. Den frågeställning som tidigare har tagits upp angående huruvida den upphandlande enheten kan åberopa en tredje anbudsgivare till sitt försvar kvarstår dock. Om så skulle kunna vara fallet sjunker den avskräckande effekten av upphandlingsskadeståndet i och med att skadelidande leverantörer avskräcks från att väcka skadeståndstalan i och med risken att en tredje anbudsgivare förklarar bort ha rätt till anbudet.

### ***7.1.2 Negativa effekter av ett sänkt beviskrav***

Ovan har förespråkats att beviskraven bör sänkas något för att underlätta för den skadelidande att utfå fullt skadestånd. Följande negativa effekter kan emellertid följa med en sådan formulering av beviskraven. Att beviskravet sänks för den skadelidande leverantören till att endast visa på "sannolikhet" innebär dels att den upphandlande enhetens valmöjlighet begränsas, dels att eventuella skadeståndsprocesser mer eller mindre kommer att innebära ett nytt upphandlingsförfarande i rätten. Båda dessa aspekter är negativa effekter av att beviskravet sänks. Vidare argument som talar mot att beviskraven för den skadelidande bör lättas, är att en leverantör som inte erhåller kontraktet ifråga, faktiskt inte heller behöver stå de risker som normalt är förknippade med genomförandet av ett kontrakt. Den skadelidande leverantören kan således komma att tillföras en obehörig vinst om inte förlusten som leverantören lider på grund av att kontraktet inte erhålls minskas med de inbesparingar som ett icke-genomförande av kontraktet innebär. Dessa negativa effekter bör vägas mot det faktum att en skadelidande leverantör inte har en rimlig möjlighet att utfå full ersättning om beviskraven sätts alltför högt. En avvägning mellan dessa alternativ måste således ske. Detta kan ske bland annat genom att se till den upphandlingsrättsliga lagstiftningens syfte. Dessutom kan, med hänsyn till de stora kostnaderna vilka aktualiseras i och med en upphandling, konstateras att en skadelidandes svårigheter att få ersättning innebär en risk för en minskad mängd upphandlingar. Att färre upphandlingar genomförs kan antas få stor betydelse för den totala samhällsekonomin och därmed den totala välfärden i samhället. Att skadeståndet normalt sett inte skall uppgå till det positiva kontraktsintresset då det är fråga om ett utomobligatoriskt förhållande beror på den juridiska indelningen vilken vi verkar finna svår att frångå. I de fall denna indelning stämmer illa överens med de verkliga förutsättningar som är förhanden, torde det emellertid inte vara rimligt att hålla fast vid denna indelning.

## 7.2 Avslutande ställningstaganden

Ovan har konstaterats att en ersättningsmöjlighet, både med det positiva och negativa kontraktsintresset, är nödvändig dels för att uppfylla syftet med skadeståndsreglerna i LOU, dels för att trygga leverantörernas rättssäkerhet. Syftena med skadeståndsreglerna kan sägas vara två. För det första är det fråga om att uppfylla de påtryckningseffekter som följer med skadeståndsrisken. För det andra handlar det om att effektivisera upphandlingsförfarandet genom att uppfylla samhällsekonomiska mål. Som har konstaterats i kapitel sex är det av stor vikt att beviskraven hålls relativt högt för den skadelidande. Detta för att skapa ett visst sanktionstryck mot den skadelidande och därigenom undvika onödiga processer. Det kan emellertid inte anses rimligt skadelidandes ersättningsmöjligheter näst intill omöjliggöra, på grund av att skadan inte kan bevisas med ett tillräckligt högt mått av sannolikhet, vad gäller dennes chanser att tilldelas kontraktet. Detta skulle innebära att de upphandlande enheterna ofta slipper en skadeståndstalan, alternativt slipper bli skadeståndsskyldiga med det positiva kontraktsintresset, trots att upphandlingen inte har gått rätt till. Samma resultat skulle följa av flera skadelidande leverantörer angriper en och samma upphandling. Detta har ovan förklarats bäst kunna lösas genom ett användande av överviktsprincipen. Med hänsyn till rättssäkerhetsargument bör den skadelidande leverantören kunna förlita sig på möjligheten att utfå ersättning av den upphandlande enheten i det fall en upphandling gått till på felaktigt vis. Genom användandet av överviktsprincipen försämrar förutsebarheten till viss del, i och med att den skadelidande inte vet hur stark bevisning som krävs för att erhålla bevismässig övervikt. Däremot förbättras den ”totala rättssäkerheten” i upphandlingsförfarandena eftersom den upphandlande enheten som bryter mot LOU bli ersättningsskyldig för detta – till någon av de skadelidande leverantörerna. Detta stämmer också överens med de rättsekonomiska argument som framtagits och analyserats i kapitel fem och sex. Utan förtroende för upphandlingsförfarandet kommer troligen flertalet anbudsgivare att avstå från upphandlingen. En möjlighet för den skadelidande att utfå skadestånd med det positiva kontraktsintresset utan att ha styrkt att kontraktet skulle ha tilldelats denne, ökar troligen förtroendet för att de upphandlande enheterna avskräcks från att bryta mot upphandlingsreglerna. Ett rimligt antagande är att transaktionskostnaderna ökar för de upphandlande enheterna, i och med att det är tillräckligt för den skadelidande leverantören att bevisa att kontraktet sannolikt skulle ha tillfallit denne. I och med detta kommer nämligen de upphandlande enheterna att med större säkerhet vilja kunna motivera sitt val av leverantör. Ökade transaktionskostnader för de upphandlande enheterna kan i sin tur leda till att lösningar inom enheten vill uppnås. Avvägningen står således mellan dessa två intressen – den upphandlande enhetens intresse av en billig upphandling, och anbudsgivarnas intresse av en säkrare upphandling med möjlighet att kunna bevisa en eventuell skada. I denna avvägning, med hänsyn till vad som ovan har framkommit ifråga om lagens syfte, bör den upphandlande enheten få tåla högre transaktionskostnader till fördel för ett upphandlingsförfarande baserat på förtroende. Argument som talar mot detta är att ökad noggrannhet kring upphandlingar innebär en mer komplicerad upphandling, vilket kan drabba alla parter. Det kan således inte enbart sägas vara den upphandlande enheten som drabbas av högre transaktionskostnader. Även leverantörerna drabbas av högre kostnader exempelvis eftersom mer noggranna anbud efterfrågas. I längden – då de upphandlande enheterna besitter mer kunskap kring vad som krävs av dem vid en upphandling resulterar förhoppningsvis detta i att kostnaderna sjunker. Dessutom kan en process förenklas avsevärt, och inte ta lika mycket tid i anspråk då fasta beviskrav uppställs för den skadelidande leverantören.

## **8. KÄLLFÖRTECKNING**

### **Offentligt tryck**

#### **Förarbeten:**

Prop. 1992/93:56, Konkurrenslagen

Prop. 1992/93:88, Lagen om offentlig upphandling

Ds 1992:62

SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling – för välfärd, trygghet och tillväxt

#### **Direktiv**

Rådets direktiv 89/665 EEG

Rådets direktiv 92/13 EEG

#### **Övrigt**

1997:98 FiU7 Ändring av lagen om offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling, Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, på uppdrag av NOU-utredningen (1999-02-23)

Hentze Margareta och Sylvén, Kommentar till lagen om offentlig upphandling

Yttrande från Nämnden för offentlig upphandling, angående Högsta domstolens mål nummer 2883-04, 2005-04-18

### **Litteratur**

#### **Böcker**

Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt I*, Studentlitteratur, 2000

Arrowsmith Sue, *The law of public and utilities procurement*, Sweet and Maxwell, 1996

Bolding Per-Olof, *Går det att bevisa?*, Norstedts Juridik, 1989

Dahlman Christian, *Rättsekonomi, en introduktion*, Studentlitteratur, 2004



- Diesen Christian m.fl., *Prövning av skadestånd*, Norstedts Juridik, 1999
- Ekelöf Per Olof m.fl., *Rättegång, fjärde häftet*, Norstedts juridik, 1992
- Hellner Jan, *Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt*, Norstedts Juridik,
- Hellner Jan, *Skadeståndsrätt*, sjätte upplagan, Norstedts Juridik, 2000
- Holm, Anders, *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Avd för Rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet, 2004
- Lindell Bengt, *Civilprocessen*, Iustus Förlag, 2003
- Nilsson, Jan-Eric m.fl., *Den svåra beställarrollen – om konkurrensutsättning och upphandling i offentlig sektor*, SNS Förlag, 2005
- Peczenik Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridik argumentation*, Norstedts Juridik, 1995
- Posner Richard A., *Economic analysis of law*, Aspen Publishers, 2003
- Skogh Göran, *Äganderätten i Sverige, en lärobok i rättsekonomi*, andra upplagan, SNS förlag, 2000
- Wahl Nils, *Konkurrensskada*, JureCLN AB, 2000

### **Artiklar**

- Hellner Jan, *Upphandling och skadestånd*, JT 1998-99 s 950-955
- Hettne Jörgen, Öberg Ulf, *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, SvJT 2005 s 192-223
- Leffler Henrik, *Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling*, Europarättslig Tidskrift, nummer 3, 2003, s 483-507
- Palm Ulf och Riberdahl Curt, *Upphandlingslagens skadestandsregler bör ses över*, SvJT 1996 s 644-649
- Stenberg Hans, *Slopa principen om affärsmässighet i LOU!*, Legala Affärer nr 2, 2002
- Wahl Nils, *Offentlig upphandlingsrätt och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?* JT 1997-98 s 619-625

### **Övrigt**

- Kort om NOU och LOU, Publikation från Nämnden för offentlig upphandling, oktober 2002
- Stenberg Hans, *Analys av upphandlingsdom*, 2001, [www.pointlex.se](http://www.pointlex.se)

## **Praxis**

### **EG-domstolen**

C-312/93 Peterbroeck v. Belgium

C-180/95 Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice

### **Högsta domstolen**

NJA 1998 s. 873

NJA 2000 s. 712

### **Hovrätten**

Mål nummer T 3475-03

Mål nummer T 647-03