
Svarandens invändningar om anbudsbrister i upphandlingsskadeståndsmål

Lina Håkansson Kjellén, Per-Owe Arfwedson och
Carl Bokwall

2020 nr 3/4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Svarandens invändningar om anbudsbrister i upphandlingskadeståndsmål

*Lina Håkansson Kjellén, Per-Owe Arfwedson och Carl Bokwall**

1 Inledning

Enligt 20 kap. 20 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) ska en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i lagen ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör. Skadeståndsansvaret är strikt och inträder oberoende av uppsåt och oaktsamhet. Skadan kan omfatta allt från ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt för att delta i upphandlingen till ersättning för förlorad vinst, dvs. det positiva kontraktsintresset. Beroende på avtalets längd och omfattning kan den upphandlande myndigheten således tvingas betala ett betydande skadestånd.

För att erhålla skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset ska en leverantör inte bara bevisa att den upphandlande myndigheten agerat i strid med LOU, dvs. begått ett upphandlingsfel. Leverantören måste även göra sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet. Dessa omständigheter har en central betydelse i nästan varje skadeståndsmål. Om käranden inte uppfyller sin bevisbörda, kan ett skadestånd komma att jämkas eller helt utebli.¹

En invändning som förekommer relativt ofta är att svaranden i ett skadeståndsmål gör gällande att kärandens anbud innehåller brister i förhållande till de obligatoriska krav som ställts i upphandlingen. Bristerna påstås medföra att det inte förekommit något upphandlingsfel, alternativt att käranden aldrig skulle kunna ha tilldelats kontrakt, och att det med andra ord inte är sannolikt att käranden förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet. Anledning till att käranden gått miste om kontraktet är istället brister i anbudet och inte upphandlingsfelet som sådant. I många fall är de påstådda anbudsbristerna redan kända mellan parterna eftersom de förts fram i ett tidigare skede, t.ex. i samband med upphandlingen eller vid en eventuell överprövningsprocess. I det senare fallet kan påståendena om brister även ha prövats inom ramen för överprövningen. Det förekommer dock även att den upphandlande myndigheten, i samband med skadeståndsprövningsprocessen, gör gällande nya tillkommande brister eller t.o.m. omprövar en tidigare bedömning om att anbudet var kravenligt.

* Advokater och delägare vid BOKWALL RISLUND Advokatbyrå.

¹ Se t.ex. NJA 2000 s. 712.

Kan brister i kändans anbud bevisas finns goda utsikter för att domstolen kommer ogilla en talan som syftar till att kändans ska erhålla det s.k. *positiva kontrakt-intresset*, dvs. att skadeersättning utgår för utebliven vinst. Såväl kändans som svaranden har därför god anledning att gå tillbaka till och kritiskt granska en dom från förvaltningsrätten samt kändans anbud för att bedöma i vilken utsträckning det kan göras gällande att förvaltningsrätten dömt ”fel”. Syftet kan även vara att undersöka om det förekommer (ytterligare) brister i kändans anbud.

Hur påståenden om brister i kändans anbud hanteras och prövas av domstolen kan således få avgörande betydelse för utgången i målet, men även för leverantörens benägenhet och vilja att begära skadestånd. Denna artikel syftar till att ge några reflektioner kring hur en allmän domstol bör förhålla sig till invändningar mot kändans anbud och vilken betydelse, om någon, det har att en förvaltningsdomstol redan prövat de påstådda bristerna inom ramen för en överprövningsprocess.

Nedan kommer vi att behandla den vägledande praxis som finns rörande invändningar om anbudsbrister (avsnitt 2.1), hur den enligt vår uppfattning bör tolkas i förhållande till olika moment av skadeståndsprocessen (avsnitt 2.2), samt redogöra för ett mål från underrätten där de olika tolkningarna ställdes på sin spets (avsnitt 2.3). Artikeln avslutas med några sammanfattande reflektioner (avsnitt 3).

2 Prövningen av invändningar om anbudsbrister

2.1 NJA 2016 s. 369 ”Statens Fastighetsverk”

Hur en allmän domstol ska förhålla sig till invändningar mot kändans anbud och vilken betydelse det har att en förvaltningsdomstol redan prövat de påstådda bristerna inom ramen för en överprövningsprocess har till viss del prövats av Högsta domstolen (HD) i målet NJA 2016 s. 369, Statens Fastighetsverk. Målet rörde en upphandling avseende en generalentreprenad för ombyggnad av luftbehandlingssystemet i en fastighet tillhörande Armémuseum i Stockholm. Två anbudsgivare inkom med anbud: Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag (NBB) och Venair Building Systems AB (Venair). NBB lämnade det lägsta anbudspriset, men Statens Fastighetsverk (SFV) förkastade NBB:s anbud med hänvisning till att NBB inte lämnat referensprojekt för angivna underentreprenörer och därför inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. SFV tilldelade istället kontraktet till Venair. NBB ansökte om överprövning av upphandlingen och förvaltningsrätten förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att NBB:s anbud skulle tas med i utvärderingen. Istället för att rätta upphandlingen beslöt SFV att upphandlingen skulle avbrytas och göras om. NBB, som inte lämnade anbud i den omgjorda upphandlingen, stämde SFV på skadestånd motsvarande den uteblivna vinsten för kontraktet.

I skadeståndsprcessen vidhöll SFV att NBB:s anbud var bristfälligt eftersom det saknade referensprojekt för underentreprenörerna och gjorde även gällande ytterligare brister i NBB:s anbud. Enligt SFV uppfyllde NBB inte heller de obligatoriska kraven i upphandlingen avseende kvalitets- och miljöarbete. Fråga uppkom därmed hur domstolarna skulle förhålla sig till SFV:s invändningar och vilken betydelse, om någon, det hade att förvaltningsrätten redan prövat den påstådda bristen rörande referensprojekten inom ramen för överprövningsprocessen.

HD konstaterade följande:

”Fastän förvaltningsrätten redan har prövat en av de åberopade grunderna för beslutet att inte ta upp NBB:s anbud till utvärdering, måste den invändningen prövas fullt ut i skadeståndsmålet. En förvaltningsdomstols bedömning sker visserligen i en process som i vissa avseenden liknar den som äger rum i allmän domstol i frågan om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i LOU (se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55). Själva syftet med överprövningen i förvaltningsdomstol är emellertid att göra en offentligrättslig kontroll och inte att lösa en civilrättslig tvist mellan parterna; prövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat och målet kan inte bli föremål för förlikning. Även parts åberopsbörda och beviskyldighet kan skilja sig från vad som gäller vid allmän domstol (se HFD 2013 ref. 61 och Ulrik von Essen, *Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor*, 2 uppl. 2016, s. 39 ff. och 55 ff.). Att den allmänna domstolen vid sin prövning av den påstådda ansvarsgrunden kan ta intryck av förvaltningsdomstolens resonemang och argument är en annan sak.”

HD fann således att förvaltningsrättens dom i överprövningsmålet inte hade någon bindande verkan för bedömningen i skadeståndsprcessen, utan att domstolen skulle pröva SFV:s invändning avseende referensprojekten fullt ut. Den allmänna domstolen kan ta intryck av förvaltningsdomstolens resonemang och argument i frågan, dvs. ge domen bevisverkan, men en fristående ny prövning ska likväl göras. I enlighet med den bedömningen följde enligt HD också att SFV:s invändningar om brister i förhållande till kraven på kvalitets- och miljöarbete skulle prövas i skadeståndsmålet. Den omständigheten att det rörde sig om nya brister som SFV inte hade gjort gällande innan skadeståndsprcessen tillmättes ingen betydelse. Av HD:s dom står det således klart att en förvaltningsdomstols prövning av om det föreligger ett upphandlingsfel inte har någon rättsligt bindande verkan i en efterföljande skadeståndsprcess, utan att domstolen i den senare rättegången ska göra en självständig prövning av frågan. Den upphandlande myndigheten kan också göra gällande nya invändningar jämfört med vad som anförts i överprövningsprocessen.

Ett exempel på när en upphandlande myndigheten gjort gällande nya invändningar i ett skadeståndsmål är i ett mål från Södertörns tingsrätt.² Målet rörde Huddinge kommuns upphandling av hyra av modulhus. I upphandlingen kom anbud in från anbudsgivarna A, B och C. I den första utvärderingen tilldelades anbudsgivare A kontrakt (Tilldelningsbeslut 1). A återkallade dock sitt anbud, varefter kommunen meddelade ett nytt tilldelningsbeslut, där anbudsgivare B tilldelades kontrakt (Tilldelningsbeslut 2). En tid därefter meddelades ännu ett nytt tilldelningsbeslut (Tilldelningsbeslut 3) där anbudsgivare C fick tilldelningen. Som skäl för Tilldelningsbeslut 3 angavs att B inte uppfyllt ett obligatoriskt krav att tillhandahålla en försäkring.

Anbudsgivare B överprövade Tilldelningsbeslut 3, varvid Kammarrätten i Stockholm delvis biföll överprövningen och fann att upphandlingen fick avslutas först efter att rättelse hade skett på så sätt att Tilldelningsbeslut 3 upphävdes. Kommunen avbröt därefter upphandlingen pga. att giltighetstiden för anbuden hade gått ut samt att det inte längre förelåg något behov av modulhusen.

Anbudsgivare B stämde kommunen på skadestånd enligt LOU för det positiva kontraktsintresset samt ersättning för överprövningskostnader.³ Grunden för yrkandet avseende det positiva kontraktsintresset var att B skulle ha tilldelats kontrakt om inte kommunen upphävt Tilldelningsbeslut 2 p.g.a. den felaktiga bedömningen av om bolaget kunde tillhandahålla efterfrågad försäkring. Grunden för talan i denna del var således hänförlig till kammarrättens dom. Kommunen bestred skadeståndsskyldighet, bl.a. på den grunden att det inte förekommit något upphandlingsfel i upphandlingen eftersom anbudet var bristfälligt.

Tingsrätten började med att bedöma om upphandlingen varit behäftad med ett upphandlingsfel beträffande upphävandet av Tilldelningsbeslut 2, dvs. om B hade kunnat tillhandahålla försäkringen och om det hade förkommit någon annan brist i B:s anbud. Med hänvisning till NJA 2016 s. 369 konstaterades att tingsrätten inte var bunden av kammarrättens avgörande, men kunde ta ”intryck av förvaltningsdomstolens resonemang och argument” samt att det inte förelåg något hinder för tingsrätten att pröva brister i anbudet som inte hade åberopats i förvaltningsdomstolen.

Vid sin prövning av omständigheterna i målet fann tingsrätten att det inte förelåg något upphandlingsfel, dvs. det var inte visat att B hade kunnat tillhandahålla försäkringen, varför det inte heller var fel av kommunen att upphäva Tilldelningsbeslut 2 och fatta Tilldelningsbeslut 3.⁴ Tingsrätten gjorde därmed en

² Södertörns tingsrätts dom av den 18 juni 2020 (mål nr T 3035-19). Domen har överklagats till hovrätten.

³ Anbudsgivare B yrkade även ersättning enligt skadeståndslagen, men detta yrkande behandlar vi inte vidare i denna artikel.

⁴ Tingsrätten prövade även vissa andra påstådda brister i B:s anbud, men kom fram till att B uppfyllde dessa krav.

motsatt bedömning jämfört med kammarrätten och ogillade B:s talan om skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset.

Bedräffande yrkandet om ersättning för överprövningskostnader konstaterade tingsrätten att B visserligen hade varit framgångsrik i sin överprövning av Tilldelningsbeslut B, men då B:s anbud inte uppfyllde det obligatoriska kravet på försäkring skulle kommunen aldrig kunna tilldela kontrakt till B. Att B inte tilldelats kontraktet berodde enligt tingsrätten inte på omständigheter på kommunens sida, utan på B:s sida.⁵ B fick därmed inte heller någon ersättning för sina rättegångskostnader i överprövningsmålet.

2.2 Tolkningen av målet Statens Fastighetsverk i förhållande till andra moment av skadeståndprocessen

HD:s uttalanden i målet Statens Fastighetsverk gjordes i samband med prövningen av om den upphandlande myndigheten begått ett ansvarsgrundande upphandlingsfel. NBB ansåg att SFV hade förkastat bolagets anbud på felaktiga grunder och det var detta felaktiga förkastande som utgjorde det ansvarsgrundande upphandlingsfelet. Att bedömningen avsåg frågan om upphandlingsfel framhålls även i rubriksättningen som anger ”Betydelsen av att upphandlingsfelet har varit föremål för överprövning i förvaltningsdomstol” (vår understrykning).

Som angavs inledningsvis är det inte tillräckligt att en leverantör som yrkar på skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset bevisar att den upphandlande myndigheten begått ett upphandlingsfel. Leverantören måste även bevisa att det finns ett tillräckligt orsakssamband mellan upphandlingsfelet och den uppkomna skadan (dvs. att leverantören inte tilldelades kontraktet), s.k. *adekvat kausalitet*. Prövningen av om det föreligger ett ansvarsgrundande upphandlingsfel respektive prövningen av orsakssambandet utgör två olika moment i skadeståndprocessen med olika syften och olika beviskrav.

Det aktualiserar frågan hur extensivt HD:s slutsatser i målet Statens Fastighetsverk kan tolkas. Har en upphandlande myndighet samma obegränsade möjlighet att göra gällande anbudsbrister i båda momenten eller gäller det bara vid prövningen av om det förekommit ett ansvarsgrundande upphandlingsfel?

I målet Statens Fastighetsverk baserade HD sina slutsatser på skillnaderna mellan en överprövning och en civilrättslig tvist avseende syfte, parts åberopsbörda och beviskyldighet. Skillnaderna följer av de inneboende olikheter som föreligger mellan förvaltningsprocess och allmän process och är konstanta i förhållande till alla moment i en skadeståndprocess. Därmed kan det intuitivt ligga nära till hands att tolka domskälen extensivt, innebärande att en upphandlande myndighets invändningar om brister i kärandens anbud alltid ska prövas fullt

⁵ Jfr NJA 2018 s. 1127 ”Spinator”.

ut. Det finns dock en betydande skillnad mellan de båda momenten och hur de ska prövas som talar i en annan riktning.

Frågan om det föreligger ett ansvarsgrundande upphandlingsfel är en objektiv bedömning av faktiska omständigheter. Antingen har den upphandlande myndigheten följt bestämmelserna i LOU eller så har den inte det. I målet Statens Fastighetsverk prövades de anförda bristerna fullt ut eftersom om det funnits brister i NBB:s anbud hade beslutet att förkasta anbudet inte varit felaktigt. I sådana fall hade SFV agerat i enlighet med LOU och det grundläggande rekvisitet i 20 kap. 20 § första stycket, att skadeståndsskyldighet förutsätter att den upphandlande myndigheten inte följt bestämmelserna i lagen, hade inte varit uppfyllt.

Konsekvensen av att inte pröva samtliga invändningar mot NBB:s anbud hade således kunnat bli att SFV dömdes att betala skadestånd trots att myndigheten inte begått något upphandlingsfel. Det hade givetvis inte varit en godtagbar utgång, vilket också förklarar varför HD inte fäste någon betydelse vid om SFV hade gjort gällande bristerna tidigare eller inte.

Frågan om det finns ett tillräckligt orsakssamband mellan upphandlingsfelet och den uppkomna skadan utgör däremot inte en bedömning av faktiska omständigheter. Enligt HD:s fasta rättspraxis ska domstolen avgöra vilken leverantör som sannolikt hade tilldelats kontraktet om upphandlingsfelet inte hade skett.⁶ Eftersom det inte är möjligt att vrida tillbaka tiden och göra upphandlingsfelet ogjort, blir bedömningen med nödvändighet hypotetisk.

Bedömningar av hypotetiska händelseförlopp förekommer regelbundet i olika typer av skadeståndsmål och det finns flera avgöranden där HD behandlat hypotetiska händelseförlopp i samband med orsaksanalysen. Ett av dem är NJA 2014 s. 272 ”BDO”, vilket behandlade revisors skadeståndsansvar på grund av brister i revisionen av en årsredovisning. HD fann att den kritiska frågan vid bedömningen av orsakssambandet mellan revisorns oaktsamhet och skadan inte var huruvida ett visst handlande hade haft en viss effekt, utan vad som skulle ha inträffat om något hade gjorts som inte har gjorts (granskning i enlighet med god revisionssed). Prövningen har därmed klara likheter med den i upphandlingsrättsliga skadeståndsmål, där ansvarsgrunden är att den upphandlande myndigheten har underlåtit att följa LOU. HD konstaterade i målet att en sådan prövning medför bedömningssvårigheter och uttalade vidare följande (p. 42).

”Ett skäl till detta är att det inte är ens teoretiskt möjligt att bevisa hur en person skulle ha handlat under andra förutsättningar (jfr NJA 2009 s. 104). Vad som kan bevisas är endast omständigheter som kan ligga till grund för antaganden om en möjlig händelseutveckling (jfr Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, 2005, s. 381 f., Per Olof Ekelöf m.fl.,

⁶ Se bland annat NJA 2007 s. 349 och NJA 2016 s. 358.

Rättegång IV, 7 uppl. 2009, s. 127 f. och Fredric Korling, Rådgivningsansvar, 2010, s. 576 f.). Ett annat skäl är att det kan finnas flera tänkbara händelseförlopp, som skulle ha kunnat bli resultatet av ett riktigt agerande av skadegöraren.”

Trots dessa bedömningssvårigheter måste domstolen fastställa ett hypotetiskt händelseförlopp för att kunna bedöma och beräkna skadan. Bedömningen bör enligt HD ha sin utgångspunkt i vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling. Om någon annan händelseutveckling än den faktiska inte kan antas, föreligger det i princip inte någon ersättningsgill skada. För det fall flera händelseförlopp framstår som närliggande och rimliga bör ”utgångspunkten vara att skadeberäkningen ska göras på grundval av den händelseutveckling som framstår som mest sannolik. Här kan det faktiska skeende som föregick det skadegörande händelseförloppet, liksom efterföljande händelser, vara av betydelse för bedömningen av hur det hypotetiska händelseförloppet ska bestämmas” (p. 47-48).

Målet rörde som sagt revisorers skadeståndsansvar enligt aktiebolagslagen (2005:551), men enligt vår uppfattning finns det inga skäl varför HD:s uttalanden inte också skulle vara tillämpliga i mål rörande skadestånd på upphandlingsrättslig grund. Det stöds även av en dom från Svea hovrätts, vilket rörde skadestånd till följd av en otillåten direktupphandling av kollektivtrafik i Stockholms skärgård.⁷ Vid prövningen av om det förelåg ett tillräckligt orsakssamband mellan den otillåtna direktupphandlingen och kändens skada, hänvisade hovrätten till HD:s uttalanden i BDO och lade dem till grund för sin bedömning av det hypotetiska händelseförloppet.

Frågan om kändens gjort sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av ett upphandlingsfel ska alltså avgöras baserat på vad domstolen identifierar som det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet. Med en sådan prövning har den upphandlande myndighetens invändningar om anbudsbrister inte någon självständig betydelse för domstolens prövning av orsakssambandet. Sådana invändningar ska bara beaktas om de faller inom ramen för det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet, dvs. om det är sannolikt att anbudsbristerna hade gjorts gällande även i ett kontrafaktiskt scenario där upphandlingsfelet aldrig skett. Om så inte är fallet ska påståendena om anbudsbrister lämnas därhän och inte beaktas i prövningen av orsakssambandet.

Har myndigheten exempelvis gjort gällande bristerna redan under upphandlingen torde det anses sannolikt att de påstådda bristerna identifierats även i det kontrafaktiska scenariot. Om myndigheten däremot bedömt anbudet som kravenligt i upphandlingen, och identifierar de påstådda anbudsbristerna först

⁷ Svea hovrätts dom av den 13 maj 2019 (mål nr T 7651-18).

efter en förnyad anbudsprövning i anledning av skadeståndprocessen, talar mycket för att dessa invändningar inte hade gjorts gällande i det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet.

Även konkurrenternas agerande på marknaden kan få betydelse för en domstols prövning av ett hypotetiskt händelseförlopp. Om övriga anbudsgivare regelbundet begär ut och granskar vinnande leverantörs anbud och ansöker om överprövning kan sannolikheten öka för att de påstådda bristerna gjorts gällande även i det kontrafaktiska scenariot. På samma sätt kan det motsatta, dvs. att det rör sig om en marknad med få överprövningar, tala för att de påstådda bristerna inte hade gjorts gällande i det kontrafaktiska scenariot.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att enligt HD:s praxis ska prövningen av om det föreligger ett tillräckligt orsakssamband mellan ett ansvarsgrundande upphandlingsfel och kändens skada baseras på det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet om upphandlingsfelet inte skett. Att alltid pröva den upphandlande myndighetens påståenden om anbudsbrister fullt ut, dvs. oaktat graden av sannolikhet för att sådana invändningar gjorts gällande i det kontrafaktiska scenariot, skulle innebära ett tydligt avsteg från denna praxis.

Svaret på den inledande frågan blir därmed att målet Statens Fastighetsverk inte ska tolkas extensivt, utan att prövningen av en upphandlande myndighets invändningar om anbudsbrister skiljer sig åt mellan de olika momenten i en skadeståndprocess. Om invändningen görs i förhållande till frågan om det föreligger ett ansvarsgrundande upphandlingsfel ska den alltid beaktas fullt ut av domstolen. Om invändningen däremot görs i förhållande till frågan om orsakssamband, ska den bara prövas om domstolen bedömer att en sådan invändning hade förekommit i det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet.

2.3 Invändningar mot en restriktiv tolkning

Den ovan anförda tolkningen är inte invändningsfri. Det går att argumentera för att om inte alla invändningar om brister i kändens anbud prövas fullt ut p.g.a. att bristerna inte skulle medfört att anbudet förkastades i ett kontrafaktiskt scenario, finns en risk att den upphandlande myndigheten tvingas betala skadestånd trots att kändens anbud innehöll brister och rätteligen skulle ha förkastat. Det skulle resultera i ett obilligt resultat och stå i strid med syftena bakom det upphandlingsrättsliga skadeståndet. En annan invändning är att risken för att den upphandlande myndigheten tvingas ersätta flera leverantörer för skada motsvarande det positiva kontraktsintresset ökar. Enligt vår uppfattning utgör dock ingen av dessa invändningar skäl för att göra avsteg från befintlig praxis till förmån för en helt objektiv bedömning av eventuella anbudsbrister i kändens anbud.

Det kan inte uteslutas att en prövning baserad på det mest sannolika hypotetiska förloppet i enskilda fall leder till att en upphandlande myndighet måste

utge skadestånd för utebliven vinst till en anbudsgivare vars anbud objektivt sett varit bristfälligt och därför inte skulle ha tilldelats kontrakt i en korrekt genomförd upphandling. Det torde dock vara ovanligt med tanke på beviskravet som gäller i förhållande till att bevisa det mest sannolika händelseförloppet. Om så ändå skulle ske, är det inte självklart att ett sådant resultat ska ses som obilligt eller av annan anledning oskäligt.

Om en upphandlande myndighet genomfört en omsorgsfull kontroll av anbudena på det sätt som förväntas borde en anbudsbrist ha identifierats redan under upphandlingen och resulterat i att ett anbud förkastats. De flesta nya invändningar om anbudsbrister torde därför kunna hänföras antingen till att myndigheten brutit i sin omsorgsplikt alternativt att myndigheten, under hot om skadestånd, omprövat sin tidigare bedömning av anbudet eller kravet och gjort en ny, striktare tolkning. I inget av dessa fall kan den upphandlande myndigheten anses vara särskilt skyddsvärd. Enligt vår uppfattning är det skäligare att det är den upphandlande myndigheten, och inte leverantören, som får stå risken för en bristfälligt genomförd anbudsprovning.

Att ge en upphandlande myndighet obegränsade möjligheter att göra påståenden om anbudsbrister skulle dessutom medföra en betydande bevislättning för myndigheten eftersom myndighetens talan i sådana fall inte längre skulle begränsas av vad som utgör det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet. Därigenom riskeras att skadeståndets preventiva verkan inte får avsedd genomslagskraft i strid med dess syfte.

Vad gäller risken att den upphandlande myndigheten kan komma att ersätta flera anbudsgivare för utebliven vinst på grund av en felaktig upphandling har denna omständighet dessutom redan beaktats vid valet av beviskravet.

I HD:s avgörande NJA 2000 s. 712 ”Tvättsvamparna” var en av frågorna som HD hade att ta ställning till vilket beviskrav som skulle gälla när käranden yrkade på skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader den haft. I sitt resonemang vägde HD bl.a. skadeståndets preventiva syfte mot den upphandlande myndighetens intresse av att inte behöva betala skadestånd till fler leverantörer än den som skulle ha fått kontraktet och uttalade följande:

”Oavsett hur ersättningen närmare skall bestämmas i det enskilda fallet när ersättningsyrkandet avser annat än kostnader får det anses stå klart att beviskravet för att leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen måste vara högre i dessa fall än när ersättningsyrkandet avser kostnader. Med hänsyn till det utrymme för olika värderingar av ingivna anbud som LOU lämnar, skulle emellertid ett krav på att leverantören alltid skall styrka att just han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad på ett sätt som i vart fall inte står

i god samklang med det preventiva syfte som direktivens bestämmelser om rätt till skadestånd har (jfr a prop. s. 103).

Frågan om beviskravet för rätt till skadestånd kan emellertid inte ses helt oberoende från frågan om beräkningen av skadeståndet. 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. Om ersättningen under alla förhållanden skulle bestämmas enligt samma principer som tillämpas inom ramen för kontraktsförhållanden skulle detta kunna leda till orimligt betungande ersättningskyldigheter”.

Mot denna bakgrund konstaterade HD att övervägande skäl talar för att det är tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att den förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att domstolen ska kunna besluta om skadestånd med ett högre belopp än för kostnader. Beviskravet fastställdes även av HD i det senare avgörandet NJA 2007 s. 349 ”Ishavet” där HD konstaterade följande:

”Om efter ett genomfört anbuds förfarande utebliven vinst ersätts bara när käranden kan göra sannolikt att han gått miste om kontraktet på grund av felet vid upphandlingen, kan endast en anbudsgivare vara berättigad till sådan ersättning. Beställaren har möjlighet att framgångsrikt bestrida krav på ersättning för det positiva kontraktsintresset på grunden att det är sannolikt att i stället en annan anbudsgivare skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna hade följts, oavsett om denna andra anbudsgivare är part i rättegången. Med det i NJA 2000 s. 712 uppställda beviskravet finns det således inte någon egentlig risk att en beställare i denna situation blir skyldig att ersätta flera anbudsgivare för utebliven vinst på grund av en felaktig upphandling. Det finns då inte heller något skäl att med hänsyn till denna risk begränsa skadeståndets omfattning i ett sådant fall”.

Mot denna bakgrund står klart att beviskravet på käranden, dvs. att leverantören måste göra *sannolikt* att den förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet, är högt ställt och valt med beaktande av att den upphandlande myndigheten inte ska behöva riskera att ersätta flera anbudsgivare för utebliven vinst. Om en upphandlande myndighet kan göra sannolikt att någon annan leverantör istället hade tilldelats kontraktet upphandlingsfelet förutan, är beviskravet inte uppfyllt och yrkandet om skadestånd kommer att ogillas.

Det beviskrav som HD fastställt utgör alltså i sig en tillräcklig säkerhetsventil för att den upphandlande myndigheten inte ska drabbas av oskäligt betungande skadeståndsskyldighet.

Härvid är det också av betydelse att i en rättegång rörande skadestånd på upphandlingsrättslig grund gäller fri bevisföring. Den upphandlande myndigheten har därmed mycket långtgående möjligheter att åberopa bevisning till stöd för att de påstådda bristerna hade identifierats, antingen av myndigheten eller av någon konkurrent, och att någon annan leverantör tilldelats kontraktet i det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet.

2.4 Ett praktiskt exempel från underrätt

I avsnitten ovan redogörs för vår uppfattning av hur målet Statens Fastighetsverk bör tolkas. Frågan om hur domstolen ska hantera och pröva påståenden om anbudsbrister som görs gällande i förhållande till frågan om orsakssamband aktualiserades dock i ett nyligen avgjort skadeståndsmål där vi företrädde käranden.⁸ Domen har i skrivande stund överklagats och tingsrättens bedömning kan således komma att ändras, men vi gör ändå ett kort referat av domen för att visa ett praktiskt exempel på hur frågan kan uppstå och bedömas.

Målet rörde Västra Götalandsregionens ("VGR") upphandling av dialysmaskiner och tillhörande förbrukningsartiklar. Upphandlingen var indelad i fem olika produktgrupper och Anbudsgivare 1 tilldelades ramavtal för fyra av dessa produktgrupper. Anbudsgivare 2, som placerades på andra plats i tre av produktgrupperna, kontaktade VGR och uppmanade regionen att rätta tilldelningsbeslutet eftersom anbudet från Anbudsgivare 1 inte uppfyllde alla obligatoriska krav i upphandlingen. VGR valde att stå fast vid tilldelningsbeslutet varvid Anbudsgivare 2 ansökte om överprövning av upphandlingen.

På grund av en miss från förvaltningsrätten dröjde det över en vecka innan VGR fick information om att upphandlingen överprövats och vid denna tidpunkt hade ramavtal redan tecknats med Anbudsgivare 1. Efter att Anbudsgivare 2 justerat sitt yrkande till att ramavtalen skulle ogiltigförklaras prövades överprövningen. I domen konstaterade förvaltningsrätten att anbudet från Anbudsgivare 1 var bristfälligt och att det förelåg grund för att förklara två av de tre överprövade ramavtalen ogiltiga. På grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse fick avtalen dock bestå.

Anbudsgivare 2 väckte talan mot VGR och yrkade på skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset för de båda ramavtalen samt på ersättning för överprövningskostnaderna i det första målet. VGR bestred talan och invände bl.a. att anbudet från Anbudsgivare 2 inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen varför anbudet rätteligen skulle ha förkastats. Därmed saknades det enligt VGR orsakssamband mellan upphandlingsfelet (det felaktiga tilldelningsbeslutet) och den påstådda förlusten av ramavtalen. Det var först i anledning av begäran

⁸ Vänersborgs tingsrätts dom av den 4 november 2020 (mål T 2381-19).

om skadestånd som VGR gjorde gällande påståendena om anbudsbrister. VGR hade kvalificerat Anbudsgivare 2 i upphandlingen och uttryckligen angett att alla krav var uppfyllda och gjorde inte heller gällande några anbudsbrister inom ramen för överprövningen av upphandlingsförfarandet. En betydande del av målet kom därför att handla om hur VGR:s invändningar skulle hanteras och om de alls skulle prövas.

Anbudsgivare 2:s uppfattning var att påståendet om anbudsbrister endast skulle prövas om de bedömdes ingå i det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet. Vidare framhölls flera omständigheter till stöd för att VGR sannolikt inte hade gjort gällande några anbudsbrister i det kontrafaktiska scenariot, utan istället tilldelat Anbudsgivare 2 ramavtalen. Att de påstådda anbudsbristerna upptäcktes först genom en förnyad anbudsprövning i anledning av skadeståndsanspråket var en av dessa omständigheter. En annan var att VGR godtagit anbud från Anbudsgivare 2 som innehållit i princip identisk information som det ifrågasatta anbudet både före och efter den tvistiga upphandlingen. Överprövningsstatistik visade även att övriga anbudsgivare inte brukade ifrågasätta varandras anbud.

VGR ansåg däremot att de anförda anbudsbristerna skulle prövas oavsett vad det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet bedömdes vara. Enligt VGR var endast den leverantör som skulle ha erhållit kontrakt vid ett, alltigenom objektivt sett, korrekt genomfört upphandlingsförfarande berättigad till ersättning för det positiva kontraktsintresset. VGR fick dock inte gehör för sitt synsätt utan tingsrätten tog fasta på HD:s praxis rörande kärandens bevisbörda (se målet Ishavet och målet NJA 2016 s. 358). Domstolen framhöll särskilt HD:s uttalande i målet Ishavet om att skadeståndsskyldigheten enligt LOU innebär att ”en leverantör som – det ansvarsgrundande upphandlingsfelet förutan – sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsföremålet kan bli berättigad till ersättning för utebliven vinst” (p. 17 i domen).

Vid bedömningen av vad som hade skett i det kontrafaktiska scenariot om anbudet från Anbudsgivare 1 förkastats, fann tingsrätten att VGR knappast skulle ha gjort en så noggrann granskning av anbudet från Anbudsgivare 2 som nu skett. Mot den bakgrunden och att anbudet placerades på andra plats i upphandlingen var det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet att Anbudsgivare 2 tilldelats ramavtalen. Anbudsgivare 2 var därmed berättigad till ersättning för uppkommen skada.

3 Avslutande reflektioner

De flesta mål om skadestånd på upphandlingsrättslig grund föregås av en överprövning eftersom leverantören annars riskerar att få skadeståndet jämkat på grund av att den inte begränsat sin skada.⁹ Som framgår av målet Statens Fastighetsverk kan den omständigheten att leverantören varit framgångsrik i överprövningsprocessen dock inte tillmätas särskilt stor betydelse ur skadeståndsrättsligt hänseende.

I och med att domen i överprövningsmålet inte har någon bindande verkan för en efterföljande skadeståndsprocess kan leverantören inte förlita sig på förvaltningsdomstolens bedömning av omständigheterna. Leverantören måste istället alltid beakta att en skadeståndsprocess medför en ny möjlighet för den upphandlande myndigheten att utveckla sina bestridanden och invändningar. Även om överprövningsdomen ofta ges viss bevisverkan kan det inte uteslutas att en allmän domstol gör en helt annan bedömning av omständigheterna.

Det kan uppfattas som något anmärkningsvärt att käranden måste begränsa sin skada genom att få de anförda upphandlingsfelen prövade i en överprövningsprocess, men att överprövningsprocessen inte har någon bindande verkan i skadeståndsmålet. Därutöver har svaranden en långtgående möjlighet att anförda nya, oprövade, anbudsbrister först i ett senare skede för att bestrida skadeståndsansvar. Det utgör en klar fördel för den upphandlande myndigheten och kan verka avhållande på leverantörers benägenhet att begära skadestånd. För att inte skapa alltför stor obalans mellan parterna och riskera att urholka skadeståndet som rättsmedel är det därför viktigt att domstolen genomför prövningen av orsakssambandet i enlighet med gällande praxis om hypotetiska bedömningar. Det innebär att domstolen inte ska ge en upphandlande myndighet obegränsade möjligheter att göra påståenden om brister i kärandens anbud vid en prövning av ansökan om skadestånd efter en genomförd upphandling.

⁹ Se bl.a. Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 22 april 2010 (mål nr T 2934-08). Frågan om en leverantörs skyldighet att begränsa sin skada genom en föregående överprövning är en intressant fråga i sig, men ryms inte inom ramen för denna artikel.