

Skaderekvisitet i 16 kap LOU

Beslut som fattas inom ramen för en upphandling kan bli föremål för domstolsprövning. Förutsättningarna för sådan överprövning anges i 16 kap. 1 och 5 §§ lag om offentlig upphandling, LOU.

I enlighet med vad som föreskrivs i 5 § ska allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan från en leverantör, besluta om att en upphandling antingen ska göras om i sin helhet eller rättas på visst vis. För att detta ska bli aktuellt ska upphandlande myndighet ha brutit mot en bestämmelse i LOU eller någon av de grundläggande principer som nämns i 1 kap. 9 § och lagöverträdelsen ska dessutom ha medfört skada för den leverantör som ansökt om överprövning. Berättigad att göra en ansökan är enligt 16 kap. 1 § den leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada till följd av upphandlande myndighets lagbrott. Leverantören behöver inte själv ha deltagit i anbudsgivningen, utan ska endast ha haft ett intresse av att tilldelas ett kontrakt. Detta innebär till exempel att även den som inte kunnat delta i en otillåten direktupphandling har rätt att ansöka om överprövning. Kretsen taleberättigade är således stor.

Med kravet på att leverantören ska ha lidit skada i 16 kap. 1 och 5 §§ avses inte endast ekonomisk skada. Leverantören behöver således inte visa på till exempel utebliven handelsvinst för att vare sig vara taleberättigad enligt 1 § eller för att förmå en domstol att besluta om ingrepp mot en upphandling enligt 5 §. Tillräckligt i detta avseende är att leverantörens möjligheter till framgång försämrats eller riskerar att försämrats till följd av att upphandlande myndighet brutit mot LOU. I RÅ-målet 2002 ref 50 uttryckte kammarrätten detta som att ”skada” i dåvarande 7 kap. 2 § LOU (motsvarande 16 kap. 5 § i nu gällande lagstiftning) inte betydde ekonomisk skada på det sätt som fordras för att en leverantör till exempel ska ha rätt till skadestånd, utan fråga var istället om ett lägre ställt krav på att leverantören skulle ha lidit ”men”.

För domstols prövning av om en leverantör lidit skada är det således inte ensamt tillräckligt att LOU trätts förnär. En leverantör lider alltså i lagens mening inte skada direkt av att en upphandlande myndighet brutit mot någon bestämmelse i lagen, utan måste även visa på att lagöverträdelsen medför att denne åtminstone riskerar att lida någon form av ”men”. En domstol ska således avslå en leverantörs ansökan om överprövning för det fall att någon skada inte kan konstateras, oavsett eventuella lagbrott. Reglerna om överprövning av en upphandling är således inte utformade för att i första hand garantera största möjliga efterlevnad av LOU, utan ett begånget fel måste i det enskilda fallet kopplas till en skadelidande leverantör.

En genomgång av rättspraxis visar emellertid att framförallt förvaltningsrätterna i många fall är sparsamma med att skriva ut vad en leverantörs presumtiva skada närmare består i. I de fall domstolen dessutom finner skäl att besluta om att en upphandling ska rättas eller göras om, får detta till följd att det i vart fall framstår som om skada många gånger anses föreligga redan i och med att upphandlande myndighet brutit mot lagen.

Intressant är även hur den situationen ska bedömas att beslutet att utesluta en leverantör visserligen varit korrekt, men att upphandlingen i övrigt uppvisar fel eller brister. Om en

leverantörs anbud inte uppfyller alla ska-kraven och därför förkastats, kan man fråga sig om samma leverantör överhuvudtaget ska anses kunna lida skada av att till exempel något av utvärderingskriterierna brister i öppenhet och transparens? Leverantörens anbud hade ju under sådana omständigheter ändå aldrig utvärderats. Fall som det beskrivna har getts olikartad behandling av våra domstolar.

Länsrätten i Stockholm kom i mål nummer 34032-10 till den slutsatsen att en upphandling skulle göras om eftersom ett av de uppställda ska-kraven ansågs oproportionerligt, trots att rätten redan funnit att ett annat kvalificeringskrav, som leverantören ostridigt inte förmått uppfylla, varit proportionerligt.

Mot detta kan ställas kammarrätten i Stockholms dom i mål nummer 3480-10. Rätten fann här att en kommun visserligen brutit mot bestämmelserna i LOU, men att den leverantör som ansökt om överprövning inte riskerat att lida skada eftersom dess anbud ändå erhållit en alldeles för låg poäng för att kunna bli det vinnande. Kammarrättens dom är överklagad till Högsta förvaltningsdomstolen, som ännu inte fattat beslut om prövningstillstånd.

En liknande dom avkunnade förvaltningsrätten i Stockholm i mål nummer 21748-10. Rätten, som menade att kommunens beslut att förkasta leverantörens anbud haft fog för sig, gick i målet inte vidare och prövade vad som i övrigt anförts avseende referensutvärdering och prismodell, då leverantören hur som helst inte kunnat lida skada av eventuella lagöverträdelser i dessa avseenden eftersom anbudet redan förkastats. Domen överklagades, men beviljades inte prövningstillstånd.

Sammanfattningsvis kan sägas att överprövningsförfarandet enligt lagtexten ska ske i två steg. Domstolen har att ta ställning både till frågan om kommunen brutit mot lagen och om detta medfört att leverantören åtminstone riskerar att lida skada. Skaderekvisitet är lågt satt och uppfylls redan genom att leverantörens möjligheter att erhålla kontrakt försämrats. Domstolarna är dessutom i många fall otydliga med vad det är som utgjort skadan för leverantören. Av fastställd praxis följer emellertid att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange de omständigheter som talan grundar sig på. En slutsats av detta är att blotta påståendet om att skada eller risk för skada föreligger inte bör godtas. Ovan har även redovisats rättsfall då domstolar avslagit överprövningsansökningar just på den grunden att leverantören inte förmått visa att denne uppfyller skaderekvisitet i 16 kap. 5 § LOU. Det finns således anledning för upphandlande myndighet att i överprövningsprocessen fästa rättens uppmärksamhet vid frågan om huruvida leverantören verkligen lidit eller riskerar att lida skada av ett eventuellt lagbrott. I sin argumentation bör myndigheten därvid erinra om att leverantörens påstående i frågan, även om kravet alltså är lågt ställt, i viss mån måste konkretiseras för att rätten ska kunna besluta om att ingripa i upphandlingen.

Joel Lack, jur.kand.