

## Skadestånd vid felaktig uteslutning från offentlig upphandling

*I ett avgörande från EU-domstolen (mål C-547/22) har frågan om en anbudsgivare kan kräva skadestånd för förlust av en möjlighet vid felaktig uteslutning från en upphandling tagits upp. Av EU-domstolen svar på frågan framgår att anbudsgivare som skadats av en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling ska beviljas skadestånd och att skada i detta sammanhang kan avse alla typer av skador, inklusive förlust av en möjlighet.*

### Bakgrund

Ett bolag lämnade anbud i upphandlingen avseende renovering, modernisering och uppförande av 16 fotbollsarenor genom en sammanslutning som bolaget var medlem i ("leverantören"). Slovakien fotbollsförbund ("den upphandlande myndigheten") beslutade att utesluta leverantören från upphandlingen med motiveringen att leverantören bland annat inte hade uppfyllt kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Leverantören överklagade beslutet och Högsta domstolen i Slovakien upphävde beslutet att utesluta leverantören från upphandlingen.

Den upphandlande myndigheten hade dock under tiden tecknat ett ramavtal med den enda anbudsgivaren som återstod efter det att leverantören uteslöts. Leverantören väckte därför talan om skadestånd på grund av förlust av en möjlighet till följd av det felaktiga beslutet att utesluta leverantören från upphandlingen.

Leverantören gjorde gällande att skadan var en följd av att leverantören uteslutits eftersom den anbudsgivare som tilldelades kontraktet endast tilldelades detta på grund av den felaktiga uteslutningen. Om leverantören inte hade uteslutits hade leverantören tilldelats kontraktet eftersom dess anbud var fördelaktigare och uppfyllde samtliga villkor. Leverantören ansåg att skadan uppgick till den uteblivna vinsten till följd av det förlorade kontraktet.

I slovakisk rätt görs det ingen skillnad mellan skada i form av förlust av en möjlighet och utebliven vinst. Leverantören använde därför begreppet utebliven vinst i det nationella målet trots att leverantören argumenterade för att en anbudsgivare som på felaktiga grunder uteslutits från ett upphandlingsförfarande har rätt att begära ersättning för den skada som leverantören lidit till följd av en förlorad möjlighet, vilket inte kan likställas med

utebliven vinst och för vilken det inte krävs lika hög sannolikhet för att erhålla ekonomisk fördel. Det rör sig nämligen om ersättning på grund av en förlorad möjlighet att göra en vinst och inte ersättning för själva vinsten.

Motparten i det nationella målet invände att den uteslutna leverantören inte nödvändigtvis hade fått kontraktet eftersom den upphandlande myndigheten först hade behövt närmare utvärdera anbudet samt att leverantörens yrkande är helt hypotetiskt. Detta eftersom yrkandet grundar sig på fiktiva uppgifter rörande bland annat mängden byggarbeten.

Frågorna som ställdes till EU-domstolen var om den rättspraxis som utvecklats i Slovakien, enligt vilken anbudsgivaren nekas ersättning för en förlorad möjlighet, var förenlig med rättsmedelsdirektivet (artikel 2.1 c jämförd med artikel 2.6 och 2.7 i direktiv 89/665). Vidare ställdes frågan om det är möjligt att ställa andra krav på ersättning än krav på utebliven vinst till följd av att en leverantör gått miste om möjligheten att delta i en offentlig upphandling.

## **EU-domstolens bedömning**

EU-domstolen konstaterade, vad gäller lydelsen av artikel 2.1 c, att medlemsstaterna ska se till att bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling. Detta kan, i avsaknad av uppgifter om åtskillnad mellan olika kategorier av skada, avse alla typer av skador som dessa personer har lidit, inbegripet den skada som följer av förlusten av möjligheten att delta i upphandlingsförfarandet.

Det är dock upp till varje medlemsstat, i avsaknad av unionsbestämmelser på området, att i sin nationella rättsordning bestämma kriterierna för att fastställa och värdera en skada som följer av förlusten av möjligheten att delta i upphandlingsförfarandet.

EU-domstolen erinrade om att de nationella domstolarna i enlighet med principen om unionsrättens företräde ska göra en direktivkonform tolkning och om det behövs måste ändra på fast rättspraxis om denna grundas på en tolkning av nationell rätt som är oförenlig med ett direktiv.

Som svar på frågorna i begäran om förhandsavgörande angav domstolen att artikel 2.1 c ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning eller

praxis som principiellt utesluter möjligheten för en anbudsgivare som felaktigt har uteslutits från ett offentligt upphandlingsförfarande, att få ersättning för den skada som lidits till följd av förlusten av möjligheten att delta i detta förfarande och att erhålla det aktuella kontraktet.

## **Kommentar**

Genom EU-domstolens avgörande klargörs det att anbudsgivare som felaktigt har uteslutits från att delta i en upphandling har rätt att kräva skadestånd för all sorts skada inbegripet både sin faktiska skada, utebliven vinst och den skada som följer av förlusten av möjligheten att delta i upphandlingsförfarandet. Anbudsgivaren har en skyldighet att begränsa sin skada om denne anser sig felaktigt utesluten genom att till exempel begära överprövning men anbudsgivaren kan, som leverantören i Slovakien, även om uteslutningen upphävs drabbas av att den upphandlande myndigheten redan har hunnit ingå ett kontrakt.

Då även skada som följer av förlusten av möjligheten att delta i upphandlingsförfarandet ingår i skada som kan leda till skadestånd kan detta innebära att de upphandlande myndigheterna blir försiktigare när det kommer till att utesluta anbudsgivare.

Svenska domstolar kan enligt praxis rörande offentlig upphandling utdöma skadestånd med ett belopp som med hänsyn till överträdelsens art, utsikterna att vinna kontraktet och uppkomna kostnader anses skäligt. Kriterierna för att fastställa och värdera en skada som följer av förlusten av möjligheten att delta i upphandlingsförfarandet är ännu oklara i svensk praxis.

**Lova Larsson**, Biträdande jurist på Foyen Advokatfirma

[lova.larsson@foyen.se](mailto:lova.larsson@foyen.se)

*Som medlem i SBR har du tillgång till 15 minuters fri rådgivning hos Foyen Advokatfirma.  
Rådgivningen når du på 08-506 184 00*