



BLENDOW

LEXNOVA

LEXNOVA NYHETER

## Hovrätten: Obligatoriska krav måste uppfyllas för skadestånd vid upphandlingsfel

Publicerad  
28 OCT 2021

*I en omfattande och principiell dom om skadestånd för fel vid upphandling slår hovrätten fast att bolaget måste visa att dess anbud uppfyllde de obligatoriska kraven och eftersom det inte visats ändras tingsrättens dom och skadeståndet på sex miljoner kronor nekas. Nu måste bolaget betala motpartens rättegångskostnader på 6,5 miljoner kronor.*

Fresenius Medical Care Sverige AB tillhandahåller produkter och tjänster inom njursjukvård och blodbehandlingar såsom dialysmaskiner, dialysatorer och tillhörande förbrukningsartiklar.

Den 22 december 2016 annonserade Västra Götalandsregionen en upphandling av dialysmaskiner och maskinbunden förbrukning. Fresenius ansökte om överprövning av upphandlingen före tilldelningsbeslutet och yrkade att upphandlingen skulle göras om på grund av att förfrågningsunderlaget innehöll ett obligatoriskt krav som stred mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Förvaltningsrätten biföll ansökan och beslutade i dom den 14 juli 2017 att upphandlingen skulle göras om.

I mars 2018 annonserade regionen den omgjorda upphandlingen av dialysmaskiner och maskinbunden förbrukning där det otillåtna kravet inte ingick. Upphandlingen avsåg fem produktgrupper för olika typer/konfigurationer av dialysmaskiner med tillhörande maskinbundna förbrukningsartiklar. En leverantör per produktgrupp skulle antas.

Den 25 maj 2018 meddelade regionen i sitt tilldelningsbeslut att Nordic Medcom AB erhöll ramavtal för produktgrupperna 1 och 3 - 5. Fresenius kvalificerades och placerades på andra plats inom produktgrupperna 1, 3 och 4. Avtalsspärren löpte till och med den 4 juni 2018. Fresenius kontaktade regionen under perioden för avtalsspärren och uppmanade regionen att rätta tilldelningsbeslutet eftersom Fresenius menade att Nordic Medcoms anbud inte uppfyllde ett antal obligatoriska krav inom

produktgrupperna 1, 3 och 4. Regionen valde att stå fast vid tilldelningsbeslutet.

Detta slutade med att förvaltningsrätten konstaterade att det fanns grund för att förklara den del av upphandlingen som avsåg produktgrupperna 3 och 4 ogiltig, men däremot inte produktgrupp 1. Förvaltningsrätten ansåg dock att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebar att avtalet mellan regionen och Nordic Medcom skulle bestå.

Eftersom ramavtalets giltighet fick bestå överklagade Fresenius förvaltningsrättens dom till kammarrätten som inte prövade målet.

Under sommaren år 2020 tecknade regionen nytt ramavtal med Fresenius avseende dialysmaskiner med maskinbundna tillbehör vilket hade sitt startdatum den 1 juni 2020 och slutdatum den 31 maj 2021 med möjlighet till en förlängning om ett år.

Vid en sammantagen bedömning instämde Vänersborgs tingsrätt med förvaltningsrättens bedömningar i överprövningsdomen att Nordic Medcoms anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav och att Nordic Medcoms anbud därför skulle ha förkastats. Det är vidare ostridigt att regionen ingick ramavtalet med Nordic Medcom under den förlängda avtalsspärren. Tingsrätten fann således att det föreligger ett fel i upphandlingen samt att överträdelsen av bestämmelserna i LOU är tillräckligt klar.

För att Fresenius skulle kunna få bifall till sin talan krävdes, enligt tingsrätten, förutom att Fresenius visat att det föreligger ett fel i upphandlingen, också att det är sannolikt att Fresenius gått miste om kontraktet på grund av felet (se bland annat NJA 2007 s. 349 och NJA 2016 s. 358)

Tingsrätten ansåg att Fresenius gjort sannolikt att bolaget gått miste om kontraktet på grund av det ansvarsgrundande upphandlingsfelet. Fresenius är därmed berättigat till ersättning för uppkommen skada.

Bolaget begärde knappt 19 miljoner kronor för utebliven vinst men fick nöja sig med sex miljoner.

Hovrätten för Västra Sverige konstaterar inledningsvis att enligt praxis från Högsta domstolen innebär skadeståndsskyldigheten enligt LOU att en leverantör som - det ansvarsgrundande upphandlingsfelet förutan - sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsföremålet, kan bli berättigad till ersättning för utebliven vinst (positiva kontraktsintresset). Leverantören sägs då ha försatts i samma läge som om upphandlingen hade fullgjorts på ett riktigt sätt (se rättsfallet NJA 2016 s. 369 p. 17 och där gjorda hänvisningar).

För att vara berättigad till skadestånd för det positiva kontraktsintresset ska alltså leverantören göra "sannolikt" att denne förlorat kontraktet på grund av felet. Högsta domstolen har därmed i detta sammanhang slagit fast ett lägre ställt beviskrav för orsakssambandet än vad som normalt sett tillämpas i skadeståndsmål (se angivet rättsfall p. 9). Bakgrunden till det är att domstolen tagit hänsyn till det utrymme för olika värderingar av ingivna anbud som LOU lämnar, och att ett krav på att leverantören alltid ska styrka att just denne förlorat kontraktet till följd av överträdelsen skulle medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad (se rättsfallen NJA 2000 s. 712, NJA 2007 s. 349 och NJA 2016 s. 369).

Det sänkta beviskravet gäller alltså för den värdering av olika anbud som måste göras för att bedöma om en leverantör som krävt skadestånd sannolikt hade tilldelats ett upphandlingskontrakt. På frågan om en anbudsgivare som kräver skadestånd över huvud taget uppfyllt kraven i en upphandling har Högsta domstolen däremot tillämpat det beviskrav som vanligen gäller i skadeståndsmål. Leverantören måste

alltså visa att anbudet levde upp till kraven i upphandlingen (se rättsfallet från Högsta domstolen NJA 2016 s. 369 p. 20, jämför även rättsfallet från EFTA-domstolen E 16/16 Fosen-linjen, p. 91, H. Schebesta, Damages in EU Public Procurement Law, 2016, s. 126 samt E. Nilsson, Skadestånd vid avtals ogiltighet, Upphandlingsrättslig tidskrift, 1:2020, s. 31- 45 vid s. 37.)

Skadeståndsskyldigheten för det offentliga enligt LOU är accessorisk till regelverkets syften, som kan sägas utgöra normskyddet för skadeståndet. Skadeståndsanspråk som tydligt faller utanför dessa syften kan, som utgångspunkt, inte anses uppfylla kravet på adekvat kausalitet. En ordning där skadestånd intill det positiva kontraktsintresset skulle kunna tillerkännas en anbudsgivare som inte uppfyller anbudskriterierna, överensstämmer inte med direktivets syften att främja likabehandling av anbudsgivare och maximera konkurrensutsättningen på den inre marknaden. Det skulle tvärtom stå i strid med grunderna för upphandlingsrätten.

Sammantaget måste, menar hovrätten, kravet på orsakssamband, mot den här bakgrunden, innebära att en förlorande leverantör som kräver skadestånd på grund av att den upphandlande myndigheten har begått en överträdelse av LOU, ska kunna visa att anbudet uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. I det avseendet tillämpas alltså inget sänkt beviskrav. Nästa fråga är vilka utgångspunkter som ska gälla för bedömningen av om leverantören har visat att ett anbud uppfyllt de obligatoriska kraven i en upphandling.

Utrymmet att frånga ett obligatoriskt krav i en upphandling är mycket litet. Hovrätten drar mot den bakgrunden slutsatsen att även en begränsad avvikelse från de obligatoriska kraven i upphandlingen är att beteckna som en anbudsbrist.

Att det, som Fresenius menar, skulle vägas in i bedömningen av rätten till skadestånd att en leverantör, på grund av den upphandlande myndighetens tidigare agerande, haft berättigade förväntningar på att tilldelas det aktuella kontraktet och att leverantören, i ett hypotetiskt alternativt händelseförlopp, sannolikt skulle ha tilldelats det, saknar stöd i relevant rättspraxis. EU-domstolen har tvärtom slagit fast att den omständighet att en nationell myndighet med uppgift att tillämpa gemenskapsrätten agerar i strid med densamma inte utgör grund för en ekonomisk aktör att ha berättigade förväntningar på att behandlas på ett sätt som strider mot gemenskapsrätten (se rättsfallet från EU-domstolen C-94/05, Emsland-Stärke p. 31).

Hovrätten kommer alltså fram till att en förutsättning för att Fresenius ska ha rätt till skadestånd på grund av VGR:s upphandlingsfel är att Fresenius visar att bolagets anbud i upphandlingen var giltigt, i den betydelsen att det uppfyllde de obligatoriska krav som uppställdes där. Den bedömningen ska göras objektivt utifrån hur kraven formulerades i upphandlingen och avvikelser från dessa medför att Fresenius anbud ska anses som ogiltigt.

De krav i upphandlingen som VGR menar att Fresenius inte levde upp till är de krav som i målet har kallats miljökravet och vattenreningskravet. Det är ostridigt mellan parterna att dessa krav var att anse som obligatoriska. Som en utgångspunkt konstaterar hovrätten att kraven är tillräckligt klart formulerade för att deras innebörd ska stå klar för anbudsgivarna (jfr rättsfallet från EU-domstolen i mål C-27/15, Pizzo, p. 36-37).

Sammanfattningsvis kommer hovrätten fram till att inga av de dokument som Fresenius gav in i upphandlingen, vare sig sedda var för sig eller samlat, innehåller en sådan beskrivning av bolagets rutiner för hantering av miljöavvikelser eller en beskrivning av fördelningen av miljöansvar som krävdes. Fresenius har alltså inte visat att bolagets anbud uppfyllde det obligatoriska miljökravet i

upphandlingen.

Slutligen konstaterar hovrätten att syftena med direktiv 2014/24/EU och LOU, särskilt likabehandlingsprincipen, innebär att en anbudsgivare som för en skadeståndstalan intill det positiva kontraktsintresset på grund av ett upphandlingsfel själv måste ha haft ett giltigt anbud i upphandlingen. Det är upp till leverantören att visa att så var fallet. Fresenius har inte visat att bolaget uppfyllde de obligatoriska kraven i anbudsinbjudan. Fresenius skadeståndstalan mot VGR har därmed som huvudsakligt syfte att säkerställa ett skadestånd som inte omfattas av syftena (skyddsändamålet) med direktiven. Det saknas då adekvat kausalitet mellan upphandlingsfelet och bolagets påstådda skada. Mot denna bakgrund ska Fresenius talan ogillas.

Fresenius måste nu betala regionens rättegångskostnader på 4 802 021 kronor.

**Mikael Kindbom**

---

Instans: Hovrätterna

Rättsområden: [Offentlig upphandling](#), [Köprätt](#), [Konkurrensrätt](#), [Avtalsrätt](#)

#### LEXNOVA NYHETER

### Juridisk nyhetsbevakning och rättsdatabas

Blendow Lexnova är Sveriges mest omfattande juridiska nyhetstjänst. Vår bevakning innefattar rättsfall, lagstiftning och förarbeten inom samtliga rättsområden. Genom skraddarsydda bevakningsprofiler säkerställer du kontinuerlig uppdatering av rätt information och slipper nyhetsflöden som inte berör dig.

Läs mer på [lexnova.se/nyheter](https://lexnova.se/nyheter)