

# Skadestånd vid offentlig upphandling kan utgå även enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler

*I en dom, som meddelades den 31 oktober i år (mål nr T 1637-12), fann Högsta domstolen att det inte fanns något hinder mot att en talan om skadestånd baserades på bestämmelserna i skadeståndslagen (1972:207), i stället för på bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), trots att skadeståndskravet grundade sig på fel begångna i en offentlig upphandling. Detta innebar också att den ettåriga preskriptionsfristen i LOU inte ansågs tillämplig i målet. I målet gjorde en anbudsgivare gällande att han gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtal i en offentlig upphandling, och därmed lidit ekonomiska skada, på grund av att felaktig information lämnats av den upphandlande myndigheten angående kraven på vad anbudet skulle innehålla. Domen, som är en så kallad mellandom, kan komma att få mycket stor betydelse, både för upphandlande myndigheter och leverantörer. I denna artikel kommenterar advokaten och delägaren Kristian Pedersen och jur.kand. Sara-Li Olovsson, Advokatfirman Delphi, Högsta domstolens dom.*

## Inledning

Med offentlig upphandling avses enligt LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (1 kap. 2 § och 2 kap. 13 § LOU). Enkelt uttryckt innebär detta att huvudregeln är att köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader el-

ler tjänster som görs av s.k. upphandlande myndigheter ska föregås av upphandling i enlighet med LOU. Med upphandlande myndigheter avses statliga myndigheter, kommuner och landsting samt vissa organisationer som står under väsentligt inflytande av dessa enligt vad som anges i 2 kap. 12 och 19 §§ LOU.

LOU är en procedurlagstiftning, som reglerar hur upphandlande myndigheter ska gå till väga för att välja vilka leverantörer som de ska ingå avtal med. LOU är dock ingen särskild avtals-, köplag eller liknande för upphandlande myndigheter, utan vanliga civilrättsliga bestämmelser gäller som utgångspunkt även för upphandlande myndigheter.<sup>1</sup>

Vid sidan av procedurbestämmelserna innehåller LOU även bestämmelser om rättsmedel, dvs. överprövning – av upphandling, avtals giltighet och beslut om avbrytande av upphandling – skadestånd och upphandlingsskadeavgift (böter, vilka kan utgå på talan av Konkurrensverket). I det följande behandlas endast rättsmedlet skadestånd.

## Skadestånd enligt LOU

Av 16 kap. 20 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska ersätta skada som uppkommer för en leverantör till följd av att myndigheten brutit mot någon av bestämmelserna i LOU.<sup>2</sup> Sådan ersättning kan uppgå till det positiva kontraktsintresset, dvs. utebliven vinst, efter avräkning av inbesparade kostnader och de intäkter som leverantören har skaffat sig eller har kunnat skaffa sig till följd av att den inte fick det aktuella kontraktet och därför har kunnat ta sig an andra uppdrag<sup>3</sup>. Leverantören måste då göra sannolikt att den hade tilldelats kontraktet i fråga, om myndigheten inte hade brutit mot reglerna i LOU<sup>4</sup>. Om det inte är tydligt vem som hade tilldelats kontrakt i upphandlingen om upphandlingen hade genomförts enligt LOU, ska i vissa fall en skälighetsbedömning av skadeståndets storlek göras. Hänsyn ska även

---

<sup>1</sup> Det enda undantaget i LOU från vanliga avtalsrättsliga bestämmelser är att det av 9 kap. 11 § LOU framgår att den upphandlande myndighetens upplysningar om tilldelningsbeslutet inte utgör något avtalsrättsligt avslag på icke-tilldelade anbudsgivares anbud.

<sup>2</sup> Motsvarande bestämmelse fanns i 16 kap. 5 § LOU fram till den 1 november 2011.

<sup>3</sup> NJA 2007 s. 349

<sup>4</sup> NJA 1998 s. 873

tas till omständigheterna i det enskilda fallet, såsom karaktären av överträdelsen, nedlagda kostnader och utsikter till vinst<sup>5</sup>.

Rätten till skadestånd inbegriper även en möjlighet till ersättning med det negativa kontraktsintresset, dvs. ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LOU menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Dessutom har Högsta domstolen funnit att en leverantör kan få ersättning för de kostnader som den har haft till följd av att ha behövt ansöka om överprövning av en upphandling<sup>6</sup>. Detta kan även anses logiskt med hänvisning till den hovrättspraxis som innebär att leverantören är skyldig att ansöka om överprövning avseende ett upphandlingsfel för att skadestånd över huvud taget ska kunna utgå, se vidare nedan.

För att skadestånd ska kunna utgå enligt LOU krävs alltså att två rekvisit är uppfyllda: 1) att myndigheten har gjort sig skyldig till en överträdelse av LOU, och 2) att felet i fråga har inneburit att skada har uppkommit för leverantören.

Som nämnts ovan är LOU i huvudsak en procedurlagstiftning. Bestämmelserna i LOU kompletteras, i fråga om skadestånd, av såväl bestämmelserna i rättegångsbalken som allmänna skadeståndsrättsliga principer. Med hänvisning till dessa principer har det ansetts finnas en skyldighet för en leverantör att försöka begränsa sin skada på så sätt att leverantören måste agera vid tillfället när upphandlingsfelet uppkommer och inte kan avvakta och kräva skadestånd senare. Leverantören måste därför ansöka om överprövning av upphandlingen, tilldelningsbeslutet eller avtalet som leverantören anser strider mot LOU. Om någon ansökan om överprövning inte gjorts, kan skadeståndsbeloppet jämkats till noll kronor trots att omständigheterna i övrigt har inneburit att skadestånd skulle ha kunnat utgå<sup>7</sup>, alternativt då en leverantör ansökt om överprövning i förvaltningsrätten, men detta skett för sent<sup>8</sup>.

I rättspraxis har därmed ett relativt stort ansvar att både hålla reda på de rätta tidsfristerna och driva en överprövningsprocess lagts på leverantören, för att skadestånd i ett senare skede ska kunna utgå. I prak-

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

<sup>6</sup> Högsta domstolen, mål nr T 3576-11.

<sup>7</sup> Svea hovrätt, mål nr T 3328-10.

<sup>8</sup> Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr T 2934-08.

tiken kan det dock i många fall vara fullt tillräckligt för leverantören att upphandlingen görs om eller rättas på visst sätt, alternativt att det överprövade avtalet ogiltigförklaras, och att leverantören därmed får sin rätt tillvaratagen. Det behöver därför inte nödvändigtvis vara negativt att det ställts upp höga krav för att skadestånd över huvud taget ska utgå enligt LOU, särskilt inte med tanke på att en skadeståndsprocess tar mycket mer tid och ekonomiska resurser i anspråk jämfört med en överprövningsprocess i förvaltningsrätten (överprövningsmålen är prioriterade förtursmål som ska hanteras skyndsamt i förvaltningsrätten och omständigheten att förfarandet i domstolen i princip alltid bara är skriftligt håller nere kostnaderna för leverantören).

Enligt 16 kap. 21 § LOU ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör, eller har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Det ska nämnas att samma principer för skadestånd enligt LOU även gäller för överträdelse av reglerna i försörjningssektorerna, dvs. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

### Skadestånd enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen

Bestämmelsen i 3 kap. 3 § skadeståndslagen (1972:207) reglerar skadeståndsansvar för det allmänna. Enligt denna bestämmelse ska staten eller en kommun ersätta ren förmögenhetsskada som vållas av att en myndighet genom fel eller försummelse lämnar felaktiga upplysningar eller råd, om det med hänsyn till omständigheterna finns särskilda skäl. Vid bedömningen ska särskilt beaktas upplysningarnas eller rådets art, deras samband med myndighetens verksamhetsområde och omständigheterna när de lämnades.

Enligt förarbetena till bestämmelsen<sup>9</sup>, är det framför allt den *enskil- des beroendeställning* i förhållande till myndigheterna som har ansetts motivera att det allmännas skadeståndsansvar vid myndighetsutövning i vissa fall går längre än vad som gäller enligt allmänna regler. Det allmänna kan därför anses bära ett särskilt strängt ansvar för skador som orsakas av felaktig myndighetsinformation. Den enskilde medborgaren

<sup>9</sup> Prop. 1997/98:105, s. 35.

litar på att information från just en myndighet i regel är korrekt. Detta bottnar i att myndigheter i allmänhet anses ha en särskild auktoritet, men också i att myndigheterna ofta är ensamma om att kunna ge vissa besked inom sitt verksamhetsområde. Den enskildes ersättningsbehov kan därför vara stort om denne inrättar sig efter ett felaktigt besked från en myndighet. Vidare kan man genom att ålägga det allmänna ett skadeståndsansvar fördela risken för uppkomna skador och samtidigt åstadkomma en förebyggande effekt genom att ett något utvidgat ansvar kan uppmuntra till förbättrade rutiner hos myndigheterna och även i övrigt höja kvaliteten i verksamheten.

Enligt lagkommentaren till den aktuella bestämmelsen, svarar det allmänna för uppgifter av anställda vid myndigheten, om de lämnas i tjänsten – däremot knappast för information av någon självständig medhjälpare, t.ex. en anlita expert eller utredare. Däremot bör det inte spela någon roll vilken ställning den person som lämnat felaktig upplysning har på myndigheten i fråga.

Viktigt att notera är att det inte är alla felaktiga upplysningar från myndigheter eller staten som är skadeståndsgrundande, utan det krävs att det finns särskilda skäl för att skadestånd ska utgå. I förarbetena till bestämmelsen<sup>10</sup>, påpekas att alla felaktigheter som kan förekomma i det enorma informationsflöde som dagligen sker från myndigheter inte rimligen kan vara skadeståndsgrundande. Däremot har det ansetts finnas större anledning till skadeståndsansvar när en myndighet lämnar konkret och preciserad information om innehållet i föreskrifter eller andra bestämmelser än om informationen som lämnas utgörs av allmänt hållna upplysningar. Det finns även särskild anledning till skadeståndsansvar om uppgifterna har stor genomslagskraft och om de är ett uttryck för makt- eller auktoritetsutövning. Oftast har information som lämnas av en behörig myndighet denna karaktär. Normalt bör det krävas att det finns någon konkret omständighet som gör att det finns särskild anledning att i det enskilda fallet lita på att informationen är korrekt. I annat fall bör kravet på särskilda skäl för skadeståndsskyldighet sällan kunna anses uppfyllt. För att det ska anses att det finns särskilda skäl för skadeståndsansvar bör det vidare i regel krävas att informationen inte kan fås varifrån som helst.

Av betydelse för frågan om det finns särskilda skäl för skadeståndsskyldighet är också sambandet mellan informationen och myndighetens

<sup>10</sup> Prop. 1997/98:105, s. 37-38.

verksamhetsområde. Ju starkare kopplingen är, desto större skäl finns det normalt att förlita sig på uppgifterna. Av stor betydelse är också omständigheterna varunder informationen har lämnats. Har en tjänsteman t.ex. uttalat sig med stor bestämdhet om någon konkret omständighet, bör det kunna vara skadeståndsgrundande om uttalandet är felaktigt. Detsamma gäller om en tjänsteman på något särskilt sätt har uttalat att de uppgifter han lämnar är korrekta eller på annat sätt ger sken av att de är kontrollerade. Är däremot informationen mer vag eller lämnas den med reservationer, bör den knappast kunna grunda skadeståndsskyldighet för det allmänna.

Av rättspraxis framgår dock även att underlåtenhet att lämna upplysningar, dvs. inte bara felaktig konkret information, kan innebära skadeståndsskyldighet för en myndighet. I en dom från hovrätten<sup>11</sup> ansåg hovrätten att Riksförsäkringsverket var skyldigt att utge skadestånd enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen till följd av att myndigheten hade underlåtit att ge en änka information om att ett villkor för att få ut ett engångsbelopp av en livränta efter den avlidne maken var att ett eventuellt omgifte skedde innan änkan fyllde 60 år. Eftersom änkan hade gift om sig efter denna tidpunkt, krävde änkan skadestånd på grund av att tjänstemannen i fråga gjort sig skyldig till fel och försummelse genom att inte upplysa henne om villkoret.

Hovrätten fann att innebörden av ”sextioårsregeln” hade varit av avgörande betydelse för rätten till ett engångsbelopp. Det framstod även med hänsyn till omständigheterna som naturligt att änkan – när hon ringde till Riksförsäkringsverket och bad att få tala med någon som hade hand om yrkesskadelivräntor – inte ifrågasatte att de upplysningar som lämnades var korrekta och fullständiga. I ett fall som detta måste det, enligt hovrätten, anses angeläget att den tjänsteman som uttalar sig i en fråga lämnar fullständiga och korrekta uppgifter och att uppgifterna inte blir missvisande på grund av att väsentliga villkor utelämnas. Hovrätten ansåg därför att skadestånd skulle utgå till följd av den information som myndigheten lämnat.

Göta hovrätt har dock ansett att bestämmelsen i 3 kap. 3 § skadeståndslagen inte var tillämplig när en byggnadsnämnd felaktigt hade beviljat uppförandet av ett bostadshus med tillhörande garage, trots att nämnden inte hade uppmärksammat att garaget i fråga placerades

---

<sup>11</sup> Svea hovrätt, mål nr T-354/87.

närmare tomtrönsen än vad som var tillåtet<sup>12</sup>. Domskälen i målet är mycket korta, men uppenbarligen ansåg hovrätten i detta fall att den felaktiga informationen inte var av sådan karaktär att den skulle grunda skadestånd.

## Bestämmelser avseende mellandom

Domstolen har, enligt 17 kap. 5 § rättegångsbalken, möjlighet att avgöra en enskild fråga genom särskild dom, så kallad mellandom, om den övriga talan i domstol antingen beror på bedömningen i den aktuella frågan, är av omedelbar betydelse för utgången i målet eller har betydelse för hur en fråga som främst rör rättstillämpningen ska bedömas vid avgörande av saken. En mellandom innebär med andra ord att handläggningen av ett mål delas upp i flera delar, där en dom i delfråga i ett mål meddelas, och denna delfråga i sig har betydelse för avgörandet i målet i sin helhet. Syftet med en mellandom är att kunna avgöra målet på ett tidigt stadium, utan att en mer omfattande utredning ska behöva genomföras. Om käromålet kan ogillas efter att bara en begränsad del av målet prövats, och innan en omfattande bevisning i någon annan fråga behöver läggas fram, är det till fördel för båda parter. Det måste dock finnas en stark koppling mellan mellandomen och det fortsatta målet på så sätt, att en ogillande mellandom leder till att käromålet inte behöver prövas i sin helhet.

Domstolen avgör själv om viss fråga lämpar sig för mellandom, oavsett parternas yrkande. Det vanligaste är att målet som har genererat mellandomsfrågan vilandeförklaras i väntan på att mellandomen vinner laga kraft och resten av målet kan bedömas. Av lagkommentaren till bestämmelsen anges att anledningen till att rena sakfrågor inte får göras till föremål för mellandom hänger samman med att sakfrågor i de allra flesta fall skulle vara olämpliga som mellandomsteman. Man skulle löpa stora risker för dubbla processer och de processekonomiska vinsterna skulle kunna förbytas i förlängda och dyrbara rättegångar.

---

<sup>12</sup> Göta hovrätt, mål nr T-17/91.

## Redogörelse för mål nr T 1637-12

### Bakgrunden till skadeståndstalan

Under 2008 genomförde Gotlands kommun en offentlig upphandling av ett ramavtal för sjukgymnastiktjänster. I upphandlingen fanns ett obligatoriskt krav, ett s.k. ”skall-krav”, som innebar att anbud skulle innehålla kopia på bevis om legitimation. En av de leverantörer som lämnade in anbud i upphandlingen var SÖ. Under utvärderingen uppmärksammade kommunen SÖ på att det saknades kopia på legitimation i SÖ:s anbud, varpå kommunen inhämtade uppgiften direkt från Socialstyrelsen eftersom det kunde konstateras att SÖ hade haft ett vårdavtal med kommunen sedan flera år tillbaka och att det aktuella beviset hade lämnats in i samband med tidigare upphandlingar. Därefter ansåg kommunen att SÖ:s anbud uppfyllde kraven i upphandlingen och SÖ tilldelades ramavtal i upphandlingen.

Tilldelningsbeslutet överprövades i dåvarande länsrätten av en annan anbudsgivare som deltagit i upphandlingen som yrkade att upphandlingen skulle rättas i första hand och att upphandlingen skulle göras om i andra hand. Som grund för förstahandsyrkandet anfördes att SÖ inte hade uppfyllt det obligatoriska kravet på kopia på bevis om legitimation och att anbudet skulle ha förkastats. Grunden för andrahandsyrkandet var att kommunen hade utvärderat kriterierna avseende lokalisering och erfarenhet i strid med de grundläggande principerna i LOU samt att kommunen inte i förfrågningsunderlaget hade angett vikten för underkriterierna som utvärderingen baserades på.

Länsrätten slog under 2008 fast att anbudet från SÖ inte uppfyllde alla krav och att kommunen hade agerat i strid med reglerna i LOU genom att på egen hand ta in det aktuella beviset. Länsrätten beslutade därför att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering skulle göras och anbudet från SÖ då skulle bortses från.

I stället för att rätta upphandlingen enligt länsrättens dom, gjorde kommunen dock om upphandlingen med något ändrade förutsättningar. SÖ lämnade anbud i även den nya upphandlingen, men tilldelades inte ramavtal denna gång.

### Talan i tingsrätten och hovrätten

I maj 2010 väckte SÖ talan om skadestånd i tingsrätten. SÖ gjorde gällande att han, vid inlämnandet av sitt anbud, som sedan ansågs



som bristfälligt, hade fått felaktig information av kommunen. När SÖ hade påpekat att anbudet inte innehöll kopia på bevis om legitimation, hade en anställd på kommunen angett att det inte var nödvändigt att komplettera anbudet med detta bevis eftersom det på kommunens upphandlingsavdelning redan fanns flera bevis om hans legitimation. Personen i fråga lovade att hämta ett tidigare inlämnat bevis och lägga det i anbudet från SÖ. Eftersom SÖ litade på den informationen, som han uppfattade som ett klart och tydligt besked, återkom han inte till kommunen i frågan.

Till följd av det felaktiga besked som SÖ fick från kommunen, ansåg sig SÖ gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtalet i kommunens upphandling. Om SÖ hade bifogat en kopia av bevis på legitimation hade anbudet ansetts giltigt och kommunens tilldelningsbeslut hade stått fast. Genom kommunens felaktiga agerande hade SÖ lidit förmögenhetsskada i form av utebliven vinst, utan att SÖ på något vis själv kunde anses ha bidragit till vållande av skadan.

SÖ menade även att det var bestämmelserna i skadeståndslagen som skulle vara tillämplas vid rättens bedömning av kommunens skadeståndsskyldighet, eftersom den uppkomna skadan inte var en följd av upphandlingsbrott enligt LOU, utan grundade sig på att anbudet från SÖ inte kunnat prövas eftersom han förlitat sig på felaktig information som tjänsteman har lämnat rörande kravet på anbudets innehåll.

Kommunen ansåg i första hand att reglerna i LOU skulle gälla eftersom kravet hade ett direkt samband med den upphandling som genomförts och senare gjorts om, och eftersom LOU reglerar kommunikationen mellan myndighet och anbudsgivare under en upphandling. Enligt bestämmelserna i LOU skulle därför skadeståndstalan vara preskriberad.

Tingsrätten uttalade att det visserligen fanns en självständig reglering angående skadestånd i LOU, men att det inte nödvändigtvis betydde att regeln även skulle vara exklusiv. Ersättningsanspråk skulle därför kunna grundas på andra regler, exempelvis allmänna principer som utbildats på skadeståndsrättens område och som kunde tänkas komplettera bestämmelserna i LOU. Även om bestämmelsen i 3 kap. 3 § skadeståndslagen är speciell kan den samtidigt anses ge uttryck för ett generellt informationsansvar för det allmänna. Dock ansåg tingsrätten att bestämmelsen inte var mer särpräglad än att den täcktes än av regleringen i 16 kap. 5 § LOU. Samma omständigheter som i målet skulle därför kunna grunda skadestånd enligt reglerna i LOU, och ska-

deståndslagen skulle därför inte vara tillämplig. Skadeståndsanspråket var därmed preskriberat eftersom det inkommit för sent.

Hovrätten ansåg att inledningsvis att frågan om preskription skulle prövas genom mellandom och ansåg i korta domskäl att den påstådda bristen i kommunens handläggning inte omfattades av LOU, som tar sikte på att tillförsäkra leverantörer en icke-diskriminerande prövning vid upphandlingsförfaranden, utan av skadeståndslagen. Talan var därför inte preskriberad.

### **Högsta domstolens bedömning och dom**

Högsta domstolen uttalade att utgångspunkten i svensk rätt är att en skadeståndstalan med stöd av allmänna skadeståndsregler är tillåten även när det finns speciallagstiftning som reglerar frågan. Avsteg från denna utgångspunkt kan göras med hänsyn till lagens utformning och syften. Det kan vara så att lagens ordalydelse otvetydigt ger uttryck för att lagen exklusivt reglerar skadeståndsskyldigheten. Men även om lagtexten inte ger något bestämt uttryck för exklusivitet kan särskilda förhållanden föranleda att regeln utesluter tillämpning av andra skadeståndsregler.

Eftersom det inte finns någon antydning i varken direktivbestämmelserna eller i de svenska förarbetena om att skadeståndsansvaret enligt reglerna om offentlig upphandling exklusivt reglerar möjligheten till skadestånd på grund av fel vid upphandlingen, fanns det enligt Högsta domstolen inget hinder mot att den aktuella talan grundades på skadeståndslagen, oavsett om talan också omfattas av skadeståndsregeln i LOU.

Vad gäller frågan om huruvida frågan om preskriptionsbestämmelsen i LOU även omfattar skadeståndskrav som inte grundar sig på LOU, om kravet har uppkommit i anslutning till en offentlig upphandling, gjorde Högsta domstolen följande bedömning.

En bestämmelse om specialpreskription omfattar normalt inte fordringar som har uppkommit med stöd av en bestämmelse i en annan lag, även om det finns undantag. För undantag krävs dock att bestämmelsens ordalag otvetydigt ger utrymme för detta och att det av lagens förarbeten eller på något annat sätt klart framgår att en sådan tillämpning har varit avsedd för den situation som ska bedömas. Detta gäller även då bestämmelsen grundas på unionsrättsliga föreskrifter och ska tolkas utifrån unionsrättsliga aspekter. Eftersom det inte finns några särskilda regleringar av denna fråga i de bakomliggande direk-

tivbestämmelserna till LOU, får medlemsstaterna fritt bestämma hur preskriptionsregler ska gälla.

Ordalydelsen av preskriptionsbestämmelsen i LOU gav, enligt Högsta domstolen, inte vid handen att den skulle vara tillämplig på varje krav som uppstått i samband med upphandlingen. I stället är den, enligt Högsta domstolen, direkt kopplad till skadestandsregeln i LOU. Inte heller finns det något stöd i förarbetena för att preskriptionsbestämmelsen är tänkt att omfatta alla krav som kan uppkomma i samband med upphandlingen. Preskriptionsbestämmelsen i LOU omfattar därför endast skadeståndskrav som vilar på LOU, och SÖ:s talan var därför inte preskriberad.

## Avslutande reflektioner och kommentarer

Det är intressant att notera att Högsta domstolen lägger stor vikt vid vad som framgår av den unionsrättsliga regleringen, det vill säga de EU-direktiv som ligger till grund för den svenska upphandlingslagstiftningen. Detta är i sig inget kontroversiellt, men det är trots det viktigt att Högsta domstolen tydligt visar att utgångspunkten för all tolkning av LOU måste utgöras av de EU-rättsliga bestämmelserna. Endast i de fall direktiven inte föreskriver annat, såsom i det aktuella målet, får medlemsstaterna bestämma hur de vill organisera rättsmedlen. Vid osäkerhet om hur bestämmelserna i LOU ska tolkas måste man därför gå tillbaka till upphandlingsdirektivens formuleringar och kontrollera om vägledning för tolkningen framgår uttryckligen av dessa bestämmelser och hur stort tolkningsutrymme som har getts medlemsstaterna.

Det som fällde avgörandet i målet var med andra ord att det inte fanns några indikationer på att lagstiftaren, varken den unionsrättsliga eller den nationella, ansett att LOU:s skadeståndsbestämmelser skulle vara exklusivt tillämpliga.

Högsta domstolen förtydligar även att det avgörande för hur en specialbestämmelse om preskription ska tolkas, och särskilt om avsteg från en huvudregel ska kunna göras, är om det är tydligt av bestämmelsens formulering att det finns utrymme för undantag och att det av förarbeten, direktivbestämmelser eller annan rättskälla klart framgår att denna tillämpning av undantag varit avsedd för den situation som ska bedömas. Tolkningen måste därmed ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Högsta domstolens avgörande är, enligt vår mening, inte oväntat och innebär egentligen inget nytt sätt att resonera om lagtolkning och olika bestämmelsers relation till varandra. Oavsett detta är det dock intressant att det numera är klarlagt att skadestånd på grund av fel i samband med en upphandling kan utgå inte bara baserat på den yttryckliga skadeståndsbestämmelsen i 16 kap. 5 § LOU, utan även på grundval av allmänna skadeståndsrättsliga bestämmelser.

I praktiken betyder detta att upphandlande myndigheter har anledning att vara extra noggranna och försiktiga med sin informationsgivning i och i anslutning till offentliga upphandlingar, inte bara för att uppfylla de krav som följer av LOU, utan även för att undgå skadeståndsansvar enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen.

I sammanhanget bör dock påpekas att Högsta domstolens dom knappast medför någon dramatiskt ökad risk för skadeståndsansvar för upphandlande myndigheter. Skälet är att det framgår direkt av ordalydelsen i 3 kap. 3 § skadeståndslagen, och av tidigare rättspraxis på området, att en tillämpning av bestämmelsen kräver att det med hänsyn till omständigheterna finns *särskilda skäl* att utge skadestånd till följd av felaktiga upplysningar och råd.