

I48

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

SARA HOVI

Upphandlingsskadestånd

iUSTUS



Upphandlingsskadestånd

Sara Hovi

§
iUSTUS
FÖRLAG

Abstract

Public Procurement Damages

Why should a public authority or entity who has acted in breach of statutory rules on procurement be held liable for damages towards a tenderer? That is the question of departure for this dissertation. For centuries, Swedish law has regulated public procurement in different ways. However, the possibility for a tenderer to seek damages from the public authority or entity through a court action is a much more modern phenomenon within the Swedish legal order. In the dissertation I seek to describe how different legal arguments and traditions from different fields and orders of law have contributed both to impede and strengthen the availability of damages due to breach of procurement regulation.

Using tort law theory as a stepping stone, the dissertation contains a detailed analysis of how questions of liability, causation and estimation of damages are to be adjudicated, when a tenderer files a claim for damages due to a breach of public procurement rules. The particularities of this form of action for damages are illuminated, as well as its heritage from general tort law, but also other fields of law such as public and contract law. I also show how the remedy of damages is affected by other remedies in the field of public procurement.

Throughout the dissertation I analyze what role the relationship between EU Law and national law plays when it comes to damages due to breach of rules on procurement. It is suggested that EU law, by taking an interest in the way the Member States regulate public procurement, not only has influenced the development of new national legislation on public procurement damages, but also brings methodological consequences for the national court's adjudication of a damages claim. An important aspect of this theme is how arguments of effectiveness – particularly in terms of effective remedies for individual tenderers – have been used by legislators and courts both at EU level and national level to shape this particular form of damages. Given that the EU norms on public procurement damages must be used and further developed on the national level, I study how the Swedish legislator and Supreme Court within the procedural autonomy of the Member States have used their power to regulate public procurement damages. The study shows how especially the Supreme Court's interpretation of EU Law to a considerable extent has led to national rules on public procurement damages that aim to facilitate the individual tenderer's action for damages.

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2025

Upplaga 1:1

ISSN 0282-2040

ISBN 978-91-7737-339-1

Produktion: eddy.se ab, Visby 2025

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Telefon: 018-65 03 30

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Eurographic Group, Poland 2025

Innehåll

Förkortningar 13

Författarens tack 15

1 En avhandling om upphandlingsskadestånd 19

- 1.1 Inledande om avhandlingens ämne 19
- 1.2 Avhandlingens syfte och frågeställningar 22
- 1.3 Frågeställningarnas gränser 28
- 1.4 Metodologiska överväganden och utmaningar 32
 - 1.4.1 Inledande tankar om förhållandet mellan frågeställning och metod 32
 - 1.4.2 Varför-frågor och intressekonflikter 34
 - 1.4.3 Skadeståndsbestämmelser och skadeståndsrätt som utgångspunkt för undersökningen 36
 - 1.4.4 Ett rättsområde mellan två rättsordningar – angreppssätt motiverade av den EU-rättsliga dimensionen 39
- 1.5 Materialurval 43
- 1.6 Förtydliganden avseende vissa återkommande begrepp och beteckningar 48
- 1.7 Avhandlingens följande disposition 50

2 Normer och hierarkier på upphandlingsskadeståndsrättens område – EU-rättsliga utgångspunkter 52

- 2.1 Inledning 52
- 2.2 EU-rätten och medlemsstaten – en beroenderelation 53
 - 2.2.1 Två nivåer. Om EU-rättens företrädare 53
 - 2.2.2 Genomslagsproblemet 55
 - 2.2.3 Om medlemsstaternas processuella autonomi och dess begränsningar 58
 - 2.2.4 Likvärdighet och effektivitet 61

2.3	Genomslagsproblemet i en upphandlings- skadeståndsrättslig kontext – EU-rättsliga normer för upphandlingsskadestånd	65
2.3.1	Om enskildas genomdrivande av EU-rätten medelst skadestånd	65
2.3.2	Det unionska upphandlingsintresset	67
2.3.3	Harmonisering av upphandlingsskadestånd eller ”utgångspunkten som övergavs”. Om rättsmedelsdirektiven	73
2.3.3.1	Bakgrund. Varför harmonisering?	73
2.3.3.2	Art 114 FEUF som kompetensgrund för skadeståndsregler	78
2.3.3.3	En spartansk skadeståndsartikel	81
2.3.3.4	EU-domstolen som uttolkare av rättsmedelsdirektiven. Särskilt om förhandsavgöranden	84
2.3.4	Upphandlingsskadestånd i en rättighetskontext. Om EU-stadgans art 47	87
2.3.5	Statsskadeståndsprincipens betydelse för upphandlingsskadestånd	96
2.3.5.1	Ett europeiskt rättsmedel	96
2.3.5.2	Upphandlingsskadestånd som en form av statsskadestånd?	99
2.3.5.3	En öppning för analogier med 340.2-praxis?	104
2.3.6	Pick and mix – influenser från andra direktivbestämmelser omskadestånd?	106
2.3.7	Tillbaka till genomslagsproblemet. Om private enforcement på upphandlingsområdet	109
2.4	Från EU till Sverige – normernas rörelse mellan rättsordningarna	115
2.4.1	Vem äger upphandlingsskadeståndet?	115
2.4.2	Normernas omvandling i nationell rätt I. Om direktivformens särdrag och direkt effekt	116
2.4.3	Normernas omvandling i nationell rätt II. Om implementering, lagstiftare och domstolar	119
2.4.3.1	Införlivning och ”överimplemente- ring”	119
2.4.3.2	Implementering av EU:s upphandlings- skadeståndsnormer i domstol	123
2.5	Upphandlingsskadeståndets effektivitetspotential	125

3 Uppkomsten av upphandlingsskadestånd i svensk rätt 128

- 3.1 Inledning 128
- 3.2 Upphandlingsrätten och skadestånd – tillbakablickande nedslag 131
 - 3.2.1 Inledning 131
 - 3.2.2 Den offentliga upphandlingens juridifiering och centralisering 131
 - 3.2.3 Offentlighet och konkurrens 136
 - 3.2.4 Samhällsnytta och affärsmässighet 139
 - 3.2.5 Rättssäkerhet (?) och internationalisering 146
 - 3.2.6 Tillsyn, tjänstefel och skadestånd 151
- 3.3 Det offentliga i rörelse 154
 - 3.3.1 Inledning 154
 - 3.3.2 Det allmännas skadeståndsansvar fram till skadeståndslagens införande – betydelsen för upphandlingsskadestånd 156
 - 3.3.3 Myndighetsutövningsansvar och upphandlingsskadestånd – 3 kap 2 § SkL som ny ansvarsgrund för upphandlingsskadestånd? 159
- 3.4 Ett upphandlingsskadeståndsrättsligt tomrum? 168
- 3.5 EU:s upphandlingsskadeståndsrätt når Sverige – mötet med den inre marknaden 173
 - 3.5.1 Inledning 173
 - 3.5.2 Bakgrund. EES-avtalets konsekvenser för svensk upphandlingsrätt 173
 - 3.5.3 Den första skadestandsregeln – konsekvenser av rättsmedelsdirektivens införlivande 176
 - 3.5.4 En nödvändig nyhet? 180
- 3.6 Den stora omdaning? 184

4 Ansvarsbedömningen i en upphandlingsskadeståndsrättslig kontext 187

- 4.1 Kapitlets ämne 187
- 4.2 Utgångspunkter för ansvarsproblemet 188
 - 4.2.1 Ansvarsfrågans fäste i upphandlingslagarnas regler – skadestandsregelns tillämpningsområde 188
 - 4.2.2 Ansvarsbedömningens förhållande till överprövningsförfarandet 192
 - 4.2.3 De potentiella ansvarssubjekten – upphandlande myndigheter och enheter 197

4.3	EU-domstolen rättsutvecklar kring ansvarsrekvisiten	200
4.3.1	Inledning	200
4.3.2	Krav på bevisad culpa inte förenligt med EU-rätten...	201
4.3.3	... inte heller culpapresumtion...	205
4.3.4	... men överträdelsen ska vara tillräckligt klar	208
4.3.4.1	Från culpaförbud till statsskadeståndskriterier	208
4.3.4.2	Vad är problemet med alliansen mellan upphandlingsskadestånd och statsskadestånd?	212
4.3.5	Var lämnar EU-domstolen medlemsstaterna?	218
4.4	Ansvarskvalificering – tillräckligt klara överträdelser som förutsättning för upphandlingsskadeståndsansvar	219
4.4.1	Inledning	219
4.4.2	Ansvarsgrundande överträdelser av EU-rätten – särskilt om EU-domstolarnas praxis kring ”tillräckligt klara överträdelser”	219
4.4.3	Relationen mellan culpabegreppet och kriteriet ”tillräckligt klara överträdelser”	224
4.4.4	Från ”tillräckligt klara” till ”tydliga och inte bagatellartade” överträdelser. Om NJA 2016 s 358	230
4.4.5	EU-metod i nationella domstolar. Utmaningar och möjligheter	235
4.5	Ansvarsbedömningen relaterad till olika upphandlingssituationer	241
4.5.1	Inledning	241
4.5.2	Upphandlingsprincipernas betydelse för ansvarsproblemet	241
4.5.3	Otillåtna direktupphandlingar	244
4.5.4	Upphandlingsdokumentens utformning	248
4.5.5	Anbudshanteringen – särskilt om förkastande av anbud och anbudsutvärdering	252
4.5.6	Avbrytandebeslut som ansvarsgrund?	259
4.6	Skadeståndslagen som grund för upphandlingsskadestånd?	263
4.6.1	Inledning	263
4.6.2	NJA 2013 s 909 – skadeståndslagen som ansvarsgrund för upphandlingsskadestånd?	263

4.6.3	Alternativa ansvarsgrunder? Problem och möjligheter	267
4.7	Avslutande reflektioner	273
5	Ersättningsmöjligheter och ersättningsmetoder	277
5.1	Kapitlets ämne	277
5.2	Ersättningsproblemets EU-rättsliga utgångspunkter	279
5.2.1	Rättsmedelsdirektivens betydelse för ersättningsmöjligheterna	279
5.2.2	EU-domstolspraxis och nationella begränsningar – särskilt om ersättning för förlorade möjligheter och utebliven vinst	284
5.2.2.1	Ingsteel-avgörandet – om ersättning för förlorade möjligheter och en vid tolkning av art 2.1c	284
5.2.2.2	EU-rätten och ersättning för utebliven vinst i upphandlings- skadeståndsmål	289
5.2.2.3	Ersättningsbestämning – alltså en fråga för medlemsstaterna?	295
5.2.3	Något om avskräckande skadeståndsbelopp i en upphandlingsskadeståndsrättslig kontext	297
5.3	Ersättningsbedömningar relaterade till det förlorade kontraktet – positivt, negativt eller mittemellan?	300
5.3.1	Inledning	300
5.3.2	Ersättningsdiskussioner vid rättsmedelsdirektivens implementering – ersättningsmöjligheterna tar form	301
5.3.3	Det positiva kontraktssintressets ersättningsbarhet	306
5.3.3.1	HD tar ställning. Om NJA 1998 s 873	306
5.3.3.2	Skäliga ersättningsbelopp och positiva kontraktssintressen. Om NJA 2000 s 712 och NJA 2007 s 349	312
5.3.3.3	Närmare om ersättnings- bestämningen	316
5.3.4	Särskild skälighetsuppskattning vid skador orsakade genom otillåtna direktupphandlingar	317

- 5.3.5 Förhållandet mellan ersättning för anbuds-kostnader och ersättning för det positiva kontraktsintresset 323
- 5.3.6 Skadestånd till följd av ogiltigförklarade kontrakt? 326
- 5.4 Jämkningssteman 333
 - 5.4.1 Inledande om jämkning av upphandlings-skadestånd 333
 - 5.4.2 Underlåten överprövning som skäl för nedsättning av skadeståndet 336
 - 5.4.3 Vissa skadebegränsande eller skadeförebyggande åtgärder före och efter en överprövning 344
- 5.5 Ersättning för överprövningskostnader i form av upphandlingsskadestånd 347
 - 5.5.1 Inledning 347
 - 5.5.2 Överprövningskostnader – inte ersättningsbara i förvaltningsdomstol... 348
 - 5.5.3 ... men däremot i form av upphandlings-skada 351
 - 5.5.3.1 Från överprövningskostnad till upphandlingsskada. Om NJA 2013 s 762 och NJA 2018 s 1127 351
 - 5.5.3.2 Överprövningskostnader, EU-rättens genomslag och rätten till effektiva rättsmedel 359
 - 5.5.3.3 Överprövningskostnader som ersättningsgill skada – intresse-avvägningar och synen på partsrelationen 365
 - 5.5.4 Skadeståndsrättsliga lösningar på förvaltnings-processrättsliga problem 369
- 5.6 Avslutande reflektioner 374

6 Kausalitetsbedömningar och bevisproblem i en upphandlingsskadeståndsrättslig kontext 380

- 6.1 Kapitlets ämne 380
- 6.2 EU-rättens inflytande på kausalitets- och beviskraven – normer och problem 384
 - 6.2.1 En huvudsakligen nationell angelägenhet? 384
 - 6.2.2 En problembild: för svårt att erhålla upphandlings-skadestånd? 391

6.3	Orsakssamband mellan överträdelse och utebliven vinst	393
6.3.1	Ett sannolikt förlorat kontrakt	393
6.3.2	Effektiva beviskrav vid skadeståndsanspråk avseende det positiva kontraktsintresset	398
6.3.3	Orsakssambands- och bevisproblem vid anspråk till följd av otillåtna direktupphandlingar	403
6.3.4	Avbrytandebeslut som kausalitetsmoment mellan överträdelse och förlorat kontrakt	407
6.4	Orsakssamband mellan överträdelse och skada i form av onyttiga anbuds kostnader	415
6.4.1	Närmare om det andra rättsmedelsdirektivets art 2.7 och dess implementering i svensk rätt	415
6.4.2	Från kostnad till skada – om sambandet mellan överträdelse och kostnaders onyttighet	419
6.5	Orsakssamband mellan överträdelse och skada i form av överprövningskostnader	427
6.5.1	Inledning	427
6.5.2	Förutsättning I. En framgångsrik överprövningsprocess	428
6.5.3	Förutsättning II. Har överprövningen gett leverantören en ny möjlighet att tilldelas kontraktet?	430
6.6	Avslutande reflektioner	433
7	Upphandlingsskadestånd som skadestandsform	437
7.1	Avslutets inledning	437
7.2	Upphandlingsskadeståndsrättsliga lösningar på upphandlingsskadeståndsrättsliga problem	440
7.3	Relationen mellan det offentliga och det enskilda i upphandlingsskadeståndsrätten	444
7.4	Upphandlingsskadeståndets roll i rättsmedels-samlingen	447
7.5	Upphandlingsskadeståndsrättens syften och berättiganden	449
7.6	Slutord	452
	English Summary	455

Källförteckning 461

Rättsfallsregister 491

Sakregister 509

Författarens tack

Håkan Andersson och Jane Reichel har varit mina handledare. Håkans författarskap var mitt första möte med ett mer litterärt rättsvetenskapligt skrivande, vilket väckte mitt intresse för akademien. Så, tack Håkan för det du har skrivit, och för att du fick mig att vilja skriva själv. Tack för att du ihärdigt har framhållit vikten av ett gott hantverk och för att du välkomnade mig till Uppsala. Tack Jane för den nyfikenhet och entusiasm som du har visat mitt projekt, och för att du alltid tagit dig tid för mina frågor och idéer. Tack för att du anmanade mig att artikulera mig tydligare, och att ifrågasätta mina perspektiv. Tack till er båda för att ni delade med er av er kunskap till mig!

Erika P Björkdahl, Sabina Hellborg, Jörgen Hettne och Magnus Strand granskade delar av manuset i samband med tvåårsprövning och slutseminarium. Tack för era konstruktiva och lyhörda läsningar samt värdefulla medskick. Även Bertil Bengtsson, Henrik Bellander, Johanna Chamberlain, David Johansson, Marigó Oulis och Karolina Stenlund har vid olika tillfällen läst och kommenterat min text, och för detta är jag djupt tacksam.

Maria Grahm Farley gjorde forskarutbildningen rikare genom sin doktorandkurs. Tack för att du pekade mot en rättsvetenskaplig värld bortom Trädgårdsgatan. För inspirerande doktorandkurser tackar jag även Martin Berglund, Joel Samuelsson och återigen Håkan Andersson.

Under min gästforskningsvistelse på Harvard Law School fick jag möjlighet att vägledas och lära av Duncan Kennedy och Jon Hanson. Dear Duncan – I have seldom felt more frustrated and confused as a student than during our discussions. That said, I would not have had it any other way. Thank you for forcing me to think better. I will remember the moments when we managed to understand each other as some of the most delightful of my education. Dear Jon – teaching law school students will not be the same after having seen you in action. I will remain truly inspired by your methods, and forever grateful that you welcomed me into your class.

Jag är glad och tacksam för att avhandlingsarbetet har finansierats genom anställning vid Juridiska institutionen samt stipendier från Sigrid och Anna Åbergssons stipendiefond och Johan och Jakob Söderbergs stiftelse. Anna-Maria Lundins stipendiefond har bidragit med resestipendium och Emil Heijnes Stiftelse med tryckbidrag. Medan jag har forskat och undervisat har Monika Karlsson, Maria Arwidsson och Estelle Lerceteau-Köhler hållit koll på pengar, prolongation och anställning. Tack för att ni har skött detta så lätt, så att jag själv fått koncentrera mig på avhandlingen. Jag tänker även ofta på det arbete som utförs av personalen på Kungliga biblioteket och Riksdagsbiblioteket. Tack för att ni genom er omsorgsfulla kompetens underlättar mitt och andras forskningsarbete.

Om avhandlingen ska tillägnas någon, så måste det vara till mina tidigare doktorandkollegor i skadeståndsrätt Johanna Chamberlain, Sabina Hellborg, David Johansson och Karolina Stenlund. Sällan har man vett att uppskatta något tillräckligt förrän det plötsligt tar slut. Som yngst i skaran var det först när ni alla hade tagit steget från doktorand till doktor som jag insåg hur speciellt det var att få ingå i doktorandgemenskap med er. Jag är skyldig er så mycket, och tacksam för precis allt!

Tack till Caroline Johansson och Sanna Mossberg för humor, hejarop och hemtrevnad. Ni går inte av för hackor! Tack till Marigó Oulis, som bland mycket annat fick mig att lita på processen, Autilia Arfwidsson, som delade många utmaningar och äventyr med mig, samt till Miriam Ingesson för att vi här och där kunde haka fast i varandras tankar. Tack Marc Landeman, Anni Carlsson, Gordana Spasic, Erik Grahn, Lisa Nordlund, Gunnar Baldwinsson, Alice Grudd, Alfred Berg, Benjamin Svensson och säkerligen många fler för trivsamt samvaro på Juridicum och andra platser. Tack till Mikael Hansson, Joel Samuelsson och Oskar Mossberg för att ni i egenskap av kursföreläsare gjorde terminskurs två till ett givande och välkomnande hemvist för undervisning.

Tack till mamma, pappa och Emma – min familj som alltid är närvarande trots geografiskt något frånvarande. Tack vare er har jag alltid vetat att arbete kan vara meningsfullt, men att det inte är avgörande för ens välmående. Tack för att ni alltid utgår från att jag klarar av det jag tar mig för! Tack till Anders och Susanne för dagar av arbete och vila på Bygget.

Till Karolina och Johanna, igen, vill jag säga "Attack!" och "Små steg!". Jag kan väl inte veta, men jag tror inte att det hade blivit någon bok utan er. Jag minns en liten äggformad vas att kupa handen runt.

En kort bit in i doktorerandet träffade jag Olle. Senare föddes vår dotter Karla och vår son Dag. Det viktigaste som doktorandtiden gav mig är således inte avhandlingen. Detta sagt är jag övertygad om att min lilla

familj utgjorde den distraktion från avhandlingsarbetet som även möjliggjorde dess avslutning. Tack för den dagliga påminnelsen om vad som betyder mest.

Kungliga biblioteket,
i juni 2025