

Sara Hovi, **Upphandlingsskadestånd** (ak.avh.), Iustus 2025, 513 s.

Artikeln är en recension av Sara Hovis avhandling om upphandlingsskadestånd, dvs. en upphandlande organisations skyldighet att utge skadestånd till en leverantör till följd av en överträdelse av upphandlingslagarnas bestämmelser. Avhandlingen innehåller en gedigen analys av förutsättningarna för hur en skadeståndsrättslig ansvarsbedömning ska ske, vilka ersättningsmöjligheter som finns och vilka ersättningsmetoder som är möjliga vid upphandlingsskadestånd samt de kausalitetsbedömningar och bevisproblem som kan uppkomma. De slutsatser som dras är välmotiverade och uttömmande och avhandlingen utgör inte bara ett bra vetenskapligt tillskott på skadeståndsrättens område, den kan även bli till stor nytta för såväl leverantörer som anser sig ha lidit skada vid en offentlig upphandling som för rättstillämparen.

1. Inledning

Sara Hovi har skrivit en avhandling om upphandlingsskadestånd. Hon försvarade framgångsrikt avhandlingen vid en disputation som ägde rum vid Uppsala universitet den 18 december 2025 där jag hade glädjen och förmånen att få vara fakultetsopponent.

Avhandlingen består av sju kapitel. I det inledande kapitlet förklaras begreppet upphandlingsskadestånd som en sammanfattande term för en upphandlande myndighets eller upphandlande enhets skyldighet att utge skadestånd till en leverantör till följd av en överträdelse av upphandlingslagarnas bestämmelser. Av syftet framgår att rättsutvecklingen undersöks mot bakgrund av hur normer från olika rättsområden och rättsordningar samspelar och konkurrerar med varandra när en upphandlingsskadeståndsrättslig tvist ska avgöras.

I kapitel 2 ges en grundläggande genomgång av EU-rättsliga utgångspunkter, normer och hierarkier på upphandlingsskadeståndsrättens område. Särskild vikt läggs vid konsekvenserna av att upphandlingsskadestånd ska bidra till ett effektivt genomslag för EU:s upphandlingsrätt på den nationella nivån. Undersökningen synliggör därmed hur olika intressen premieras vid utformningen av upphandlingsskadeståndsrätten. I avhandlingen visas hur EU-rättens normer i form av direktivbestämmelser, men även allmänna principer om medlemsstaternas skadeståndsansvar och rätten till effektiva rättsmedel, påverkar upphandlingsskadestånd i svensk rätt.

Kapitel 3 innehåller en historisk exposé av uppkomsten av upphandlingsskadestånd i svensk rätt och hur möjligheterna att erhålla skadestånd vid offent-

lig upphandling såg ut innan Sverige anslöt sig till EES och det unionsgemensamma samarbetet.

Därefter behandlar kapitel 4–6 hur den svenska lagstiftaren och framför allt Högsta domstolen har hanterat det utrymme att forma upphandlingsskadeståndsrätten som EU-rätten överlämnar till medlemsstaterna och hur centrala skadeståndsrättsliga problem om ansvar, kausalitet samt skada och ersättning tar sig uttryck och hanteras i upphandlingsskadeståndsrätten. Kapitel 4 innehåller en djuplodande analys av ansvarsbedömningen, kapitel 5 behandlar ersättningsmöjligheter och ersättningsmetoder medan kapitel 6 redogör för kausalitetsbedömningar och bevisproblem i en upphandlingsskadeståndsrättslig kontext.

Avhandlingen avslutas med kapitel 7 som sammanfattar upphandlingsskadestånd som skadeståndsform och de slutsatser som lagts fram i avhandlingen. Vidare innehåller avhandlingen en engelsk sammanfattning samt källförteckning, rättsfallsregister och sakregister.

2. Upphandlingsskadestånd – en närmare redogörelse

I kapitel 1 beskrivs inledningsvis sammanblandningen mellan offentlig rätt och civilrätt där den offentliga upphandlingen sker inom offentliga organ mot bakgrund av vad som är möjligt enligt i huvudsak politisk vilja och offentligrättsliga förfaranderegler. De olika beslut som fattas under upphandlingsprocessen eller själva tilldelningsbeslutet prövas efter en leverantörs begäran om överprövning. Överprövning av offentliga upphandlingar sker i förvaltningsdomstol i syfte att rätta till eventuella felaktigheter – en sådan överprövning är därför det primära rättsmedlet. När ett avtal därefter är slutet sker en metamorfos till ett förhållande där skadeståndsfrågor ska lösas inom ramen för en vanlig civilprocess i allmän domstol och där avtalstvister ska tolkas mot bakgrund av allmänna avtalsrättsliga principer. Skadeståndsprocessen är därför alltid det sekundära rättsmedlet och det är i det här skedet enbart en fråga om ekonomisk kompensation – möjligheten att tilldelas ett kontrakt är sedan länge förbi.

Såväl den offentligrättsliga som den civilrättsliga bedömningen blir till stor del beroende av vad som följer av de EU-rättsliga normer och principer som reglerar den offentliga upphandlingen, inte minst de så kallade rättsmedelsdirektiven som reglerar medlemsstaternas skyldighet att tillhandahålla effektiva rättsmedel.

Avhandlingens fokus ligger alltså på vad som händer vid den civilrättsliga prövningen och begreppet upphandlingsskadestånd används här som en sammanfattande term för ett upphandlande organs skyldighet att utge skadestånd till en leverantör till följd av en överträdelse av upphandlingslagarnas bestämmelser. Kort sagt kokar undersökningen ner till bestämmelsen i 20 kap. 20 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I bestämmelsens första stycke

stadgas att "[e]n upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag eller unionsrättsliga bestämmelser om upphandling ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör." Av det andra stycket följer att "[r]ätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna har försämrat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet."

Syftet med avhandlingen är kort och gott att beskriva upphandlingsskadestånd som skadestandsform i svensk rätt. Syftet studeras mot bakgrund av några centrala frågeställningar eller perspektiv: EU-rättens betydelse och rättsmedelsdirektiven; varför finns det enligt EU-rätten ett behov av skadestånd inom offentlig upphandling? Ett skadestånd har ju ofta ett reparativt syfte för en förfördelad leverantör men två andra syften är att reglerna för den inre marknaden och att upphandlingsreglerna efterlevs – dvs. ett preventivt syfte – men också att rättsmedlen ska vara effektiva; partsställningen och relationen mellan en (offentlig) upphandlande myndighet och en (privat) leverantör är också av intresse – inte minst med tanke på att en leverantör genom sin möjlighet att begära överprövning också blir en aktör vad gäller att se till att EU-rätten efterlevs på nationell nivå; själva skadestandsbedömningen, som inom offentlig upphandling i huvudsak har kommit att ta sikte på ansvarsbedömning, kausalitetsbedömning och ersättningsbestämning.

Det är alltså fråga om en traditionellt rättsvetenskaplig avhandling med traditionella rättskällor inom ett område där själva ordalydelsen av rättsmedelsdirektiven är vag. En sådan vaghet utmärker också den svenska lagbestämmelsen rörande skadestånd och upphandlingsskadeståndsrätten är alltså ett område där Högsta domstolen genom några få avgöranden mot bakgrund av svenska rättstraditioner och EU-rättslig praxis dragit upp riktlinjerna. Det är alltså ett utmärkt ämne för en rättsvetenskaplig avhandling.

I varje avhandling som läggs fram går det att diskutera olika metodval. Vid en undersökning av upphandlingsskadestånd kan man tänka sig lite olika varianter. Antingen kan en undersökning ta avstamp i de bakomliggande förfaranderegler som följer av LOU, dvs. utgå från de olika scenarier som dessa situationer kan ge upphov till eller så utgår man från den praxis som faktiskt finns. Medan det första alternativet kan bli svårt att undersöka till följd av brist på relevant praxis riskerar det andra att begränsas av den praxis som faktiskt finns. Den svenska upphandlingsskadeståndsrätten har dock i stor utsträckning kommit att se ut som den gör till följd av en handfull HD-avgöranden. En sådan case law-betonad rättsutveckling har ju en given begränsning. Precis som i annan dispositiv civilprocess prövar allmän domstol bara det som parterna anger som en ram för den enskilda processen, dessutom är det relativt få fall som överhuvudtaget blir föremål för en process i allmän domstol. Författaren har ändå valt det andra alternativet, vilket enligt min mening är klokt eftersom det trots allt är bra att

utgå från det material som faktiskt finns. Det minskar åtminstone risken för mer eller mindre ogrundade spekulationer.

I kapitel 2 görs sedan en utförlig redogörelse för och analys av EU:s inre marknad, artikel 47 EU-stadgan och de tre rättsmedelsdirektiven. Av direktiven följer bl.a. att det ankommer på varje medlemsstat att fastställa rättsmedel som säkerställer skyddet för enskildas rättigheter vid tilldelningar av kontrakt. Dessa rättsmedel ska vara likvärdiga och effektiva och det ska finnas möjlighet att bevilja skadestånd till leverantörer som drabbats av en överträdelse. I avhandlingen läggs en särskild vikt vid konsekvenserna av att skadestånd ska bidra till ett effektivt genomslag för EU:s upphandlingsrätt på nationell nivå och hur olika intressen ska vägas mot varandra. Framför allt mot bakgrund av EU-rättens allmänna principer om medlemsstaternas skadeståndsansvar vid ett bristfälligt införlivande och rätten till effektiva rättsmedel men också i förhållande till att kompensera en förfördelad leverantör, dvs. det reparativa syftet.

Kapitlet är mycket utförligt och innehåller en omfattande redogörelse för generell EU-rätt. Redogörelsen är förvisso viktig och intressant, men hade med fördel kunna kortas ned – i synnerhet som redogörelsen för de centrala principerna återkommer längre fram i samband med att de berörs i de olika kapitlen.

Kapitel 3 innehåller en gedigen historisk genomgång av hur det såg ut innan och i samband med att Sverige anslöt sig till EES-avtalet och därmed kom att omfattas av EG:s/EU:s upphandlingsregler. Det har funnits olika upphandlingsrättsliga regelverk i hundratals år och Sverige var heller inte helt utan skadeståndsregler innan anslutningen till EES-avtalet, men de regler som fanns var inte helt självklara eller speciellt lätthanterliga. Kapitlet innehåller också en utförlig redogörelse för olika överväganden i samband med hur skadeståndsreglerna skulle utformas i LOU. Avsnittet är utförligt och intressant för den historiskt intresserade, men hade med fördel kunnat kortas ned något eftersom tidigare reglering i huvudsak helt kom att tappa sin betydelse efter det att Sverige gick med i EES-avtalet.

Kapitel 4–6 utgör de stora analytiska delarna av avhandlingen. I kapitel 4 behandlas själva ansvarsfrågan vid upphandlingsskadestånd. Skadestånd aktualiseras i Sverige vanligtvis vid två olika situationer: inomkontraktuellt – dvs. någon har brutit mot vad som regleras i ett ingånget avtal vilket vid bl.a. vårdslöshet kan ge upphov till skadestånd – respektive utomkontraktuellt – dvs. skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207) och som kan utgå om någon uppsåtligen, av vårdslöshet eller genom brott vållar personskada eller sakskada. Upphandlingsskadestånd bygger dock på delvis andra principer. Prövningen av om skadestånd ska utgå eller inte ska enligt EU-domstolens praxis inte göras beroende av en vårdslöshetsbedömning (culpa). I stället för ett culpakrav eller strikt ansvar ska ansvaret för att vara skadeståndsgrundande bl.a. kvalificeras på så sätt att överträdelsen ska ha varit tillräckligt klar. Dvs. grunden för om skadestånd ska utgå blir en annan än de traditionella skadeståndsgrundarna och

det är därför befogat att prata om upphandlingsskadestånd som en egen skadeståndstyp i svensk rätt.

Den skadeståndbedömning som ska göras tar i huvudsak utgångspunkt i de totalt sju avgöranden som meddelats av HD. Denna praxis behandlar dels allmänna principer för upphandlingsskadestånd (NJA 1998 s. 873, NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349), dels förutsättningarna för att skadestånd ska kunna utgå (NJA 2013 s. 762, NJA 2016 s. 358, NJA 2016 s. 369 och NJA 2018 s. 1127).

HD har sålunda genom NJA 2013 s. 762 och NJA 2016 s. 358 stakat ut förutsättningarna för hur en skadeståndsrättslig ansvarsbedömning ska ske. Det ska vara fråga om en tillräckligt klar överträdelse av en enskilds rättighet, det ska med hänvisning till EU-rättslig praxis föreligga ett tillräckligt orsakssamband mellan överträdelse och skada och det ska vara fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse.

I kapitel 5 behandlas vilka ersättningsmöjligheter som finns och vilka ersättningsmetoder som är möjliga vid upphandlingsskadestånd. Av den skadeståndsbestämmelse som finns i LOU följer att en upphandlande myndighet ska ersätta den skada som har uppkommit. Eftersom förutsättningarna för hur en skadeståndsrättslig bedömning ska göras vid överträdelser av upphandlingslagstiftningen inte framgår av lagstiftningen har i stor utsträckning svenska domstolar varit tvungna att skapa ett system för vilken ersättning som ska utgå. Kapitlet behandlar på ett utförligt sätt den EU-rättsliga bakgrunden men framför allt rättsutvecklingen i svensk rätt. Författaren gör en omfattande genomlysning av rättsfallen NJA 1998 s. 873, som behandlar det positiva kontraktsintresset, NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349, som behandlar det negativa kontraktsintresset men också ersättning i enlighet med en skälighetsbedömning. För första gången får vi en genomlysning av hur ersättningsbedömningen ska ske och hur HD för att Sverige ska kunna leva upp till de krav som följer av rättsmedelsdirektiven använt de traditionella reglerna om ersättning enligt dels det positiva respektive det negativa kontraktsintresset, dels genom en kombination av inom- respektive utomkontraktuellt skadestånd. I avsnittet behandlas även hur HD genom rättsfallen NJA 2013 s. 762 och NJA 2018 s. 1127 löste den omständigheten att en leverantör inte kan få ersättning för rättegångskostnader vid prövning i förvaltningsdomstol. Genom att leverantören i stället kan få ersättning i form av skadestånd vid en prövning i allmän domstol tillgodoses också EU-rättens krav på effektivt rättsmedel.

Slutligen redogör kapitel 6 för de kausalitetsbedömningar och bevisproblem som kan uppkomma. Kapitlet är egentligen en förlängning av de två föregående kapitlen och utgår från de olika ersättningssituationer som berördes där. I korthet kan sägas att det måste föreligga adekvat kausalitet mellan en ansvarsgrundande handling eller underlåtenhet och den skada som uppstått för leverantören – och att bevisbördan ligger hos leverantören. Bevisbördan har vid otillåtna direktupphandlingar enligt praxis förvisso sänkts något men kravet är ändå rela-

tivt högt, eftersom leverantören kan behöva visa att ett hypotetiskt anbud skulle ha varit konkurrenskraftigt.

I det avslutande kapitel 7 knyter författaren ihop analysen genom en pedagogisk sammanfattning av slutsatserna.

3. Avslutande kommentar

I alla avhandlingar finns det frågor som inte besvaras fullt ut – så även i denna. Möjligen hade man därför kunnat önska att författaren hade berört de problem som det faktiskt innebär att driva en skadeståndsprocess inom ramen för en civilprocess. Framför allt gäller de kostnader som en process i allmän domstol kan medföra om leverantören inte når full framgång med sin skadeståndstalan. En begränsad framgång kan ju leda till att skyldigheten att betala motpartens rättegångskostnader med råge överstiger det skadestånd som leverantören faktiskt fått till följd av regelöverträdelsen. En sådan analys hade kunnat problematisera om Sverige fullt ut lever upp till de krav på en effektiv process som följer av rättsmedelsdirektiven.

Möjligen kan en läsare också invända mot de utförliga och i mångt och mycket deskriptiva delarna i kapitel 2 och 3 och ifrågasätta om de fullt ut är behövliga för att besvara syftet med avhandlingen. På samma sätt innehåller avhandlingen många mycket textmässigt utförliga fotnoter – en del av det som berörs i fotnoterna är kanske av sådan vikt att det borde ha lyfts upp i huvudtexten medan andra delar eventuellt helt borde ha tagits bort.

Oavsett dessa invändningar kan sammanfattningsvis konstateras att det är fråga om en välskrivna avhandling som behandlar ett bland akademiker i det närmaste obeforskat område och att framställningen därför ger ett mycket välbehövligt tillskott till upphandlingsrätten. De slutsatser som dras är lätta att dela, de är logiska och inte särskilt kontroversiella – men betydligt mer välmotiverade och uttömmande än den spretiga bild som tidigare har målats upp i praxis och doktrin. Det här är en gedigen avhandling som jag tror kan bli till stor nytta för såväl leverantörer som anser sig ha lidit skada vid en offentlig upphandling som för rättstillämparen.

Tom Madell