

Finansdepartementet  
Enheten för upphandlingsrätt

Fi.registrator@regeringskansliet.se

## Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar (promemoria från Finansdepartementet)

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerad promemoria.

Förslagen i promemorian avser lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Ändringarna föreslås även införas i de upphandlingslagar som enligt lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling* ska träda i kraft den 1 april 2016. I detta remissvar hänvisas endast till LOU men synpunkterna avser även motsvarande lagrum i övriga regelverk.

### 1. Sammanfattning

- Det finns redan enligt dagens utformning av regelverket en möjlighet att beakta allmänintresset vid ställningstagandet om interimistiska åtgärder vid överprövning. Detta utrymme torde vara större vid prövningen av interimistiska åtgärder vid direktupphandlingar, särskilt när sådana görs med åberopande av synnerlig brådska. Upphandlingsmyndigheten bedömer att det redan inom ramen för nu gällande regler bör vara möjligt att komma tillrätta med de problem som tas upp i promemorian.
- De problem som upphandlande myndigheter upplever vad gäller interimistiska beslut torde dessutom redan i dag kunna motverkas genom det sätt på vilket direktupphandlingar genomförs samt möjligen genom processföringen i de mål där interimistiska beslut aktualiseras.

- Förslagen i promemorian kommer om de genomförs på i promemorian förslaget sätt att gälla även för andra situationer än de som i promemorian beskrivs som problematiska (interimistiska beslut vid överprövning av direktupphandlingar). Upphandlingsmyndigheten efterlyser en analys om vad som kan bli konsekvensen för leverantörers möjligheter att utverka interimistiska beslut även i dessa andra situationer.
- Eventuella förändringar av rättsmedlen bör ske i ett sammanhang samt om möjligt samordnas med den av regeringen aviserade utredningen om förändringar av förfarandereglererna för icke direktivstyrd upphandling.
- Om de föreslagna förändringarna ändå vidtas nu bör dessa begränsas till interimistiska beslut vid direktupphandlingar och förhandlade förfaranden utan föregående annonsering.

## 2. Promemorians förslag

### 2.1 Innebörden av i promemorian föreslagna lagstiftningsåtgärder

Det remitterade förslaget innebär att en skrivning i rättsmedelsdirektivet<sup>1</sup> införs i den svenska lagtexten i syfte att åstadkomma ett rättsläge där fler omständigheter vägs in vid prövningen av interimistiska beslut vid överprövning av upphandling samt vid interimistiska förbud att fullgöra avtal vid överprövning av giltigheten av avtal. Den i promemorian föreslagna lagändringen innebär i praktiken ett förtydligande avseende innebörden av uttrycket "[...] den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra [...]" enligt nuvarande utformning av ovan angivna lagrum. Den i promemorian beskrivna problematiken synes emellertid främst ta sikte på interimistiska beslut vid överprövning av direktupphandlingar (16 kap. 9 § andra stycket LOU) och inte interimistiska förbud att tillämpa avtal (16 kap. 16 § andra stycket LOU).

### 2.2 Närmare om skadeavvägningen vid interimistiska beslut

Upphandlingsmyndigheten konstaterar inledningsvis att 16 kap. 9 § andra stycket respektive 16 kap. 16 § andra stycket LOU har getts en identisk avfattning. Men genom att tillämpningen av respektive lagrum aktualiseras i två olika situationer – vid överprövning av upphandling respektive överprövning av giltigheten av ett avtal

---

<sup>1</sup> Artikel 2.5 första stycket i direktiv 89/665/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66/EG.

– och genom Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis har de två bestämmelserna om interimistiska beslut kommit att tillämpas på olika sätt.<sup>2</sup> Betydelsen av denna skillnad i tillämpningen av lagrummet för det nu aktuella lagstiftningsärendet har emellertid inte närmare analyserats i promemorian eller påverkat förslaget utformning.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning innebär redan den nuvarande utformningen av överprövningsreglerna att Sverige utnyttjat möjligheten enligt rättsmedelsdirektivet att föreskriva att de behöriga prövningsorganen (förvaltningsdomstolarna) får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset. Det är således redan enligt dagens överprövningsregler möjligt för förvaltningsdomstolarna att väga in de omständigheter som omfattas av det föreslagna förtydligandet i lagtexten. Förslaget medför därför nogga betraktat ingen förändring av hur själva avvägningen mellan olika intressen ska göras, till exempel genom införande av presumtions- eller bevisregler.

I rättspraxis har emellertid Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 fäst avgörande vikt vid att leverantörens möjlighet till överprövning av upphandlingen upphör om rätten inte interimistiskt förordnar att avtal inte får ingås. Några andra hänsyn, inklusive allmänintresset, synes inte domstolen i dessa avgöranden ha vägt in. Det bör emellertid understrykas att båda dessa avgöranden gällde interimistiska beslut vid annonserade upphandlingar. Om den upphandlande myndigheten i dessa fall ingår avtal i upphandlingen upphör leverantörens möjlighet till överprövning av upphandling – men också av det avtal som ingås i upphandlingen. Så är dock sedan lagändringar år 2010 inte fallet vid överprövning av direktupphandlingar där möjligheten till överprövning av det avtal som direktupphandlingen resulterar i kvarstår för en missnöjd leverantör.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör den skadeavvägning som görs vid ställningstagande till interimistiskt förbud att ingå avtal vid direktupphandlingar göras med utgångspunkt i den avvägning som gjordes i RÅ 2014 ref. 13. Detta eftersom leverantörens möjligheter till överprövning inte upphör om avtal ingås. Denne har alltså möjlighet att begära överprövning av giltigheten av det avtal som direktupphandlingen syftar till. Att denna prövning begränsas till frågan

---

<sup>2</sup> Jämför domskälen i RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 med den bedömning som samma domstol gjorde i RÅ 2014 ref. 13.

huruvida det fanns rättslig grund att genomföra upphandlingen utan föregående annonsering bör inte föranleda till annan slutsats.

En sådan tolkning är i linje med ändringsdirektivet 2007/66/EG till rättsmedelsdirektivet. Av åttonde skälet till ändringsdirektivet till rättsmedelsdirektivet kan nämligen bl.a. utläsas att det vid direktupphandlingar, i synnerhet i fall av synnerlig brådska, är tillräckligt att föreskriva ett provningsförfarande efter det avtalet i upphandlingen har ingåtts.

Upphandlingsmyndigheten vill även påpeka att Kammarrätten i Göteborg i en dom som innefattade en skadeavvägning enligt 16 kap. 9 § andra stycket LOU har vägt in att leverantörens möjlighet till överprövning av giltigheten av det aktuella avtalet inte upphör för det fall domstolen avslår ett yrkande från leverantören om interimistiskt beslut att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal.<sup>3</sup> Den avvägning som skulle göras i denna situation motsvarade enligt kammarrätten därför snarare den som gjorts i RÅ 2014 ref. 13 än i RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17. I målet var det frågan om överprövning av ett avrop vid förnyad konkurrensutsättning, men motsvarande argument kan framföras vad gäller överprövning av en direktupphandling: i båda fallen finns en möjlighet för en missnöjd att ta tillvara sin rätt genom att överpröva giltigheten av det avtal som avropet respektive direktupphandlingen resulterar i.

Frågan har inte prövats av Högsta förvaltningsdomstolen. Upphandlingsmyndigheten bedömer dock att det redan idag borde finnas tillräckliga möjligheter att beakta allmänintresset och att göra intresseavvägningar vid interimistiska beslut i direktupphandlingar. De föreslagna förändringarna av bestämmelserna om interimistiska beslut förefaller därför inte vara nödvändiga.

### **2.3 Betydelsen av det sätt på vilket direktupphandlingar genomförs**

Upphandlingsmyndigheten vill i sammanhanget också framhålla att den beskrivna problematiken i viss mån bör kunna motverkas genom det sätt på vilket direktupphandlingar genomförs. Det finns inte något generellt krav på att upphandlande myndigheter annonserar sina direktupphandlingar, tar fram förfrågningsunderlag eller beaktar någon särskild tidsfrist mellan beslut om tilldelning och ingående av

---

<sup>3</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 december 2015 i mål nr 6143-14. Kammarrätten i Jönköpings rättstillämpning i sitt beslut den 16 september 2014 i mål nr 2782-14, som avser en direktupphandling av Migrationsverket av tillfälliga asylboenden, synes emellertid bygga på en delvis annan rätts-tillämpning.

avtal. Att upphandlande myndigheter annonserar direktupphandlingar är i de allra flesta fall givetvis en vällovlig åtgärd som syftar till att främja de ändamål som bär upp upphandlingslagstiftningen, tillvaratar konkurrensen, motverkar risken för korruption och jäv samt mer allmänt bidrar till att myndigheterna måste genomföra genomtänkta behovsanalyser och tydliggöra vilka villkor som ska gälla i upphandlingen. Att annonsera direktupphandlingar kan vara affärsmässigt riktigt men också vara en skyldighet som i enskilda fall följer av unionsrätten, t.ex. om det föreligger ett gränsöverskridande intresse.

En upphandlande myndighet som genomför en direktupphandling på i princip samma sätt en annonserad upphandling är emellertid skyldig att följa de krav, villkor och förutsättningar den uppställt i förfrågningsunderlag.<sup>4</sup> Ett sådant tillvägagångssätt kan också innebära att utarbetande av anbud innebär samma resursåtgång för leverantörerna som deltagande i en annonserad upphandling. Dessa omständigheter kan sedan i sig ge upphov till ett sådant missnöje bland de leverantörer som inte tilldelas kontrakt i upphandlingen som tar sig uttryck i att de ansöker om överprövning av (direkt)upphandlingen. Om myndigheten istället direkt ingår avtal med utvalda leverantörer, och i dessa avtal förbehåller sig rätten att häva avtalet om leverantören inte erhåller nödvändiga godkännanden och tillstånd, kan problematiken dessutom motverkas redan idag. I en sådan situation avskärs möjligheten till överprövning av direktupphandlingen och den fråga som kan prövas inom ramen för ett överprövningsförfarande är istället om den upphandlande myndigheten haft rätt att ingå de aktuella avtalen genom en direktupphandling (t.ex. på grund av synnerlig brådska).

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning kan därför upphandlande myndigheter i viss utsträckning själva motverka risken att brådska direktupphandlingar försenas till följd av överprövningar och interimistiska beslut genom att inte annonsera direktupphandlingar utan vända sig direkt till utvalda leverantörer och ingå avtal med dessa. Möjligen skulle de upphandlande myndigheterna kunna förena en sådan handläggning med en möjlighet för leverantörer att anmäla sitt intresse att i brådska situationer direkttilldelas sådana avtal för det fall ett akut

---

<sup>4</sup> Upphandlingsmyndigheten noterar att det kan ifrågasättas om inte en direktupphandling som i alla avseenden genomförs på samma sätt som en annonserad upphandling enligt LOU inte är att betrakta som en just en annonserad upphandling.

behov uppkommer för den upphandlande myndigheten. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning medför inte sådan handläggning något kringgående av lagstiftningen.

#### **2.4 Betydelsen av processföringen i överprövningsmål**

Upphandlingsmyndigheten tror vidare att den beskrivna problematiken kan motverkas genom processföringen i de överprövningsmål där interimistiska beslut aktualiseras. Det kan enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning väl tänkas att rättens ställningstagande till interimistisk åtgärd vid direktupphandlingar som sker med hänsyn till synnerlig brådska skulle utfalla till den upphandlande myndighetens fördel om myndigheten på ett tydligt och konkret sätt till domstolen redovisar konsekvenserna att ett interimistiskt beslut i det enskilda fallet för myndigheten och andra berörda parter.

Upphandlingsmyndigheten vill understryka vikten av att den upphandlande myndigheten inför ställningstagandet till interimistisk åtgärd tydligt argumenterar för på vilket sätt ett interimistiskt förbud att ingå eller fullgöra ett avtal skulle skada allmänintresset inklusive eventuella användare. Att på ett generellt eller slentrianmässigt sätt hänvisa till skada för allmänintresset är knappast ägnat att påverka domstolens bedömning. Det kan i sådana fall antas att domstolen kommer tillmäta allmänintresset en underordnad betydelse vid skadeavvägningen och meddela interimistisk åtgärd. Detta gäller även om det i promemorian föreslagna förtydligandet införs i lagtexten.

#### **2.5 Förslagen omfattar även rättstillämpning som inte beskrivs som problematisk**

Förslagen i promemorian kommer om de genomförs på i promemorian förslaget sätt att gälla även för andra situationer än de som i promemorian beskrivs som problematiska (interimistiska beslut vid överprövning av direktupphandlingar). Upphandlingsmyndigheten efterlyser en analys om vad som kan bli konsekvensen för leverantörers möjligheter att utverka interimistiska beslut även i dessa andra situationer. Den föreslagna lagändringarna skulle möjligen riskera att leda till en förändring av en rättstillämpning avseende interimistiska beslut vid annonserade upphandlingar enligt 16 kap. 9 § LOU eller vid ogiltigförklaring av avtal enligt 16 kap. 16 § LOU. Detta trots att, såvitt framgår av den remitterade promemorian, den nuvarande rättstillämpningen i dessa delar framstår som önskvärd eller åtminstone inte problematisk.

Det kan nämligen ifrågasättas vad som i förlängningen skulle kunna bli konsekvensen av de föreslagna ändringarna i andra situationer än de som i promemorian beskrivs som problematiska. Lagändringen skulle t.ex. kunna ge upphov till en rättstillämpning som innebär en icke önskvärd begränsning av möjligheten för leverantörer att utverka interimistiska beslut även i andra situationer samt vid prövningen enligt 16 kap. 8 § andra stycket LOU om upphävande av den förlängda avtalspåraren.<sup>5</sup> Om en domstol vid prövningen av en framställan om interimistisk åtgärd vid annonserade upphandlingar till följd av lagförslaget föranleds att fästa för stor vikt vid allmänintresset och för liten vikt vid leverantörens berättigade intresse av att få till stånd en överprövning av upphandlingen kan leverantören komma att gå miste om sin rätt till en effektiv prövning av upphandlingen.

## **2.6. Förändringar av rättsmedlen bör ske i ett sammanhang**

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att den i promemorian beskrivna problematiken nära hör samman med utformningen av rättsmedlen i övrigt liksom den närmare utformningen av reglerna för icke direktivstyrd upphandling (inklusive möjligheterna till direktupphandling). Vidare torde Migrationsverkets upphandlingar av tillfälliga asylboenden avse en sådan social eller annan särskild tjänst som enligt direktiv 2004/24/EU kan tilldelas genom ett enklare system (artikel 74-77). Analysen av behovet av lagstiftningsåtgärder avseende dessa olika delar av upphandlingsreglerna bör enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning göras grundligt och i ett sammanhang.

Upphandlingsmyndigheten anser mot denna bakgrund att den vidare beredningen av nu aktuellt lagförslag bör avvaktas och samordnas med såväl den fortsatta beredningen av överprövningsutredningens betänkande<sup>6</sup> som med den av regeringen aviserade utredningen avseende de materiella reglerna för icke direktivstyrd upphandling. Att genomföra flera på varandra följande lagstiftningsåtgärder under kort tid avseende samma regler, eller regler som nära hör samman med varandra, är vidare ägnat att leda till tillämpningsproblematik avseende övergångsregler, tvinga såväl upphandlande myndigheter som leverantörer (men även domstolar) att vid upprepade tillfällen förändra sin handläggning avseende upphandlingar samt på ett ineffektivt sätt ta lagstiftningsresurser i anspråk.

---

<sup>5</sup> Se härom prop. 2009/10:180 s. 124-125.

<sup>6</sup> SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.

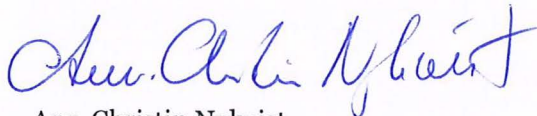
**2.7. Om förändringar genomförs nu bör dessa begränsas till interimistiska beslut vid direktupphandlingar**

Som angetts ovan bedömer Upphandlingsmyndigheten att de föreslagna lagstiftningsåtgärderna inte förefaller vara nödvändiga, att en analys bör göras av lagstiftningsåtgärdernas konsekvenser avseende andra situationer än vid direktupphandlingar samt att eventuella förändringar av rättsmedlen bör ske i ett sammanhang. Oaktat dessa synpunkter har Upphandlingsmyndigheten inget att erinra mot den närmare avfattningen (ordalydelsen) av förslaget.

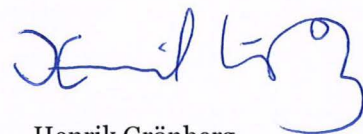
För det fall regeringen överväger förändringar i enlighet med förslaget, förordar emellertid Upphandlingsmyndigheten att lagstiftningsåtgärderna begränsas på ett sådant sätt att det klart framgår att det är inför ställningstagandet till interimistisk åtgärd vid överprövning av direktupphandling (eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering) som rätten särskilt ska beakta allmänintresset samt konsekvensen för eventuella användare.

---

Generaldirektör Ann-Christin Nykvist har beslutat i detta ärende. Juristen Henrik Grönberg har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund deltagit.



Ann-Christin Nykvist



Henrik Grönberg