



Ej sekretess

YTTRANDE

Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2021-03-30	21FMV815	12:4
		Sida
		1(10)

Finansdepartementet  
Avdelningen för offentlig förvaltning  
103 33 Stockholm

Er referens  
Danijela Arsic

Ert datum  
2020-12-29

Er beteckning  
Fi2020/05179

## Försvarets materielverks yttrande avseende utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

FMV får härmed yttra sig över remitterat utkast till lagrådsremiss (nedan "lagrådsremissen") enligt följande.

### 1. Allmänt

FMV yttrar sig endast över den del av lagrådsremissen som särskilt berör FMV:s verksamhetsområde. Det är främst fråga om förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS) men även förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling (LOU).

FMV noterar att lagrådsremissen i princip enbart motiverar lämnade förslag med olika skäl grundade på erfarenhet, kunskap och praxis ifråga om tillämpningen av LOU. Motsvarande skäl med särskild bäring på LUFSS saknas i utkastet. Vad avser praxis kan en förklaring vara att denna är betydligt mindre omfattande avseende LUFSS men FMV får också ett intryck av att innehållet faktiskt återspeglar en bristande kunskap och förståelse för det område som LUFSS omfattar och LUFSS-bestämmelsernas därav följande specifika och särskilda karaktär (se försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet 2009/81/EG och bl.a. ingressen och skäl 27 och 30). Inte minst alla undantagsbestämmelser och specialbestämmelser om informationssäkerhet och försörjningstrygghet borde klargöra detta särskilda förhållande. Denna specifika och särskilda karaktär präglar hela försvars- och säkerhetsområdet och innebär att parterna i en upphandling på såväl upphandlande myndighets- som på leverantörssidan generellt sett är av en helt annan dignitet resursmässigt (storlek, anställda, ekonomi mm) än i LOU-upphandlingar som ofta förefaller genomföras av mindre aktörer som små kommuner och landsting (motsvarande i andra länder) med deltagande av även små leverantörer och ofta på nationell basis. På försvars- och säkerhetsområdet är det tvärtom allt vanligare med internationella samarbeten, även på leverantörssidan, vilket ytterligare förstärker den stora skillnaden mellan upphandlingar på detta område och LOU-upphandlingar. Det är inte heller ovanligt att upphandlingar för deltagande länder genomförs av internationella organisationer såsom NATO agencies eller OCCAR. De EU-fondprogram som nyligen etablerats på detta område (det Europeiska försvarsindustriella utvecklingsprogrammet (EDIDP) och den Europeiska försvarsfonden (EDF)) tydliggör att detta område har sina särskilda mål och syften enligt EU och detta bör genomsyra även tolkning och

tillämpning av upphandlingsbestämmelser på området. Storleken och omfattningen i t.ex. ekonomi och tid av det slutliga resultatet av en försvars- och säkerhetsupphandling, d.v.s. upphandlingskontrakten, är ytterligare en faktor som tydliggör områdets specifika och särskilda karaktär.

Som alltid i sammanhang nuförtiden när upphandlingsbestämmelser är aktuella kan det förefalla som om det är dessa bestämmelser som är det mest väsentliga i upphandlingar. I själva verket är detta de samhällsbehov som ska fullgöras genom den materiel och de tjänster som upphandlas och som är orsaken till att en upphandling genomförs. När sådana samhällsbehov riskerar att inte kunna fullgöras på grund av de upphandlingsbestämmelser som beslutats och de rättsmedel som gäller har det grundläggande syftet med upphandlingsbestämmelserna gått förlorat. Tanken med en konkurrensutsatt marknad genom dessa upphandlingsbestämmelser är rimligen att denna ska medföra att nämnda samhällsbehov tillgodoses med de bästa och ekonomiskt mest fördelaktiga produkterna samt med förutsebarhet ifråga om kontrakt och leveranser. Det kan ifrågasättas om detta kan åstadkommas med nuvarande alltmer komplicerade regelverk och med tillämpliga rättsmedel i Sverige.

## 2. Ändringsförslagen och lagrådsremissens avstyrkta förslag

### 2.1 Skyndsamhetskravet

#### I mål om överprövning

FMV tillstyrker förslaget att införa ett krav på skyndsamt handläggning vid överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet. För att förslaget ska få avsedd effekt erfordras emellertid preklusionsfrister och att synen på upphandlingsmålen karaktär förändras i lag eller rättspraxis, om det senare anses möjligt enligt nuvarande lagstiftning, i linje med de rättsfall som nämns nedan om återopsörda och försiktighet vid tillämpning av officialprincipen, men att steget nu tas fullt ut att jämställa dessa mål med vanliga dispositiva tvistemål med tillämpning av dispositionsprincipen. Det är visserligen korrekt som lagrådsremissen anger att det i upphandlingsmål inte är fråga om att lösa en tvist med eventuell förlikning men det är oftast fråga om tvistemålsliknande olika uppfattning hos den upphandlande myndigheten och den klagande leverantören om innebörden och tolkningen av förfrågningsunderlaget eller dess korrekta tillämpning för utvärderingen av anbudet enligt tilldelningsbeslutet eller en korrekt värdering av anbudet i sig. Nämnda förändring av synen på officialprincipen i upphandlingsmål bör i vart fall ske i mål enligt LUFSS.

FMV konstaterar att förvaltningsrätts- och kammarrättsinstruktionen ger domstolarna en möjlighet att i sina arbetsordningar ange att upphandlingsmål ska behandlas med förtur och att de flesta gjort detta. Tyvärr är FMV:s erfarenhet att detta inte får det genomslag ifråga om handläggningen av upphandlingsmålen som det borde. Förvaltningsprocesslagens bestämmelser om utredningsskyldighet och kommunikation leder inte sällan till utdragna processer och möjligheten för domstolen att anse att ärendet är tillräckligt utrett i ett visst skede utnyttjas inte på det sätt som kravet på förtur och skyndsamt borde medföra. FMV gör bedömningen att den klagande leverantören i vissa fall utnyttjar nämnda förhållanden som en strategi att fördröja att en konkurrent tilldelas ett kontrakt genom att i ett sent skede av processen inkomma med återopande av nya omständigheter. Här kan preklusionsförslaget förbättra situationen (se mera nedan).



Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2021-03-30	21FMV815	12:4

Sida  
3(10)

FMV anser att man kan ifrågasätta lämpligheten av krav på utredningsskyldighet från domstolens sida i upphandlingsmål och särskilt i sådana mål enligt LUFSS. De rättsfall som finns i saken och som nämns i utkastet är på LOU-området (HFD 2015 ref. 55, RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2018 ref. 28). De uttalar att officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål på grund av att dessa rör ekonomiska förhållanden mellan näringsidkare och att en klagande har en åberopsbörda, d.v.s. måste på ett tydligt sätt ange vilka omständigheter och bevis som denne grundar talan på och att dessa begränsar processramen. Dessa förhållanden gör sig desto mer gällande på försvars- och säkerhetsområdet eftersom aktörerna där i regel är stora internationella bolag med resurser att driva processer genom juridiskt stöd från advokatbyråer. Sådana aktörer behöver inte stöd av domstolar för att kunna tillvarata sin rätt. Det märkliga förhållandet att åberopsbörda gäller avseende omständigheter och bevis medan domstolen inte är bunden av parternas yrkanden enligt annan LOU rättspraxis (RÅ 2005 ref. 47, HFD 2013 ref. 5 och indirekt HFD 2012 ref. 2) och kan besluta om rättsföljd oberoende av parts yrkande, är en annan omständighet som i vart fall inte borde gälla på försvars- och säkerhetsområdet av nämnda skäl. Upphandlingsmål enligt LUFSS borde istället handläggas som ett vanligt tvistemål i allmän domstol med jämbördiga parter och krav och behov ifråga om yrkande, företeende och åberopande av handlingar och bevisning hanteras därefter i enlighet med dispositionsprincipen.

FMV har alldeles färsk erfarenhet av en överprövningsprocess enligt LUFSS där alla negativa och för rikets försvar och säkerhet belastande konsekvenser av domstolarnas nämnda tillämpning av förvaltningsprocesslagen enligt LOU rättspraxis ställts på sin spets. Målet handlade om en s.k. livstidsförlängning under ca 6 år av försvarets 6 st större transportflygplan (TP 84) och nödvändigt underhåll under tiden för modifieringsarbetet. Upphandlingen blev föremål för två överprövningsprocesser och passerade samtliga instanser, varav de två lägre ett antal gånger. Dessa rättsprocesser har försenat det nödvändiga livstidsförlängningsarbetet med minst ca 2,5-3 år. Samtliga domstolsavgöranden utföll till FMV:s fördel (i ett fall visserligen återförvisning) förutom det sista förvaltningsrättsavgörandet som innebar att upphandlingen skulle göras om. På grund av förseningen av modifieringsarbetet tvingades FMV i samråd med Försvarsmakten fatta ett strategiskt beslut att återkalla överklagandet till kammarrätten av den enligt FMV:s uppfattning helt felaktiga sista förvaltningsrättsdomen och istället överväga ett helt annat alternativ till den konkurrensupphandling som varit föremål för överprövning.

Avgörande för återkallandebeslutet var några direkta konsekvenser av förseningen av upphandlingen på grund av rättsprocessen. Det var dels fråga om de nya avvägningar som måste göras när så lång tid som ca 3 år gått från starten av den överprövade konkurrensupphandlingen och omvärldsförhållanden inklusive teknisk utveckling och nya försvarsbudgetar kan innebära nya behov och ny kravställning. Vidare förelåg en uppenbar risk för ytterligare en väsentlig försening av det nödvändiga modifieringsarbetet genom förnyade domstolsprocesser i flera instanser. Enligt FMV:s bedömning skulle kammarrätten sannolikt ha återförvisat målet till förvaltningsrätten för ett nytt avgörande av målet i dess huvudfrågor. Förvaltningsrätten skulle sedan meddelat ny dom till FMV:s fördel och denna skulle sedan ha överklagats igen av motparten. Detta skulle varit en oacceptabel situation med hänsyn till förmågebehovet och nationella säkerhetsintressen.

Den förvaltningsrättsdom som kom att gälla på grund av återkallelsen innebar just en rättsföljd som ingen part yrkat (göra om istället för yrkad rättelse) och en konsekvens som ingen av parterna räknat med och alla blev förlorare. Grunden för avgörandet i förvaltningsrätten var dessutom nya påståenden och omständigheter av klaganden ca 6 månader efter processens inledning.



Domstolens ”fria” handläggning och beslut har därmed påverkat försvarets väsentliga transportförmåga under en obestämd tid.

### I mål om utlämnande av kontrakt

Förslaget om skyndsamhetskrav i mål om utlämnande av kontrakt berör såvitt förstås inte LUFSS och myndigheter inom vilka upphandlingskontrakt utgör en allmän handling. I dessa fall gäller istället ett skyndsamhetskrav enligt bestämmelserna om utlämnande av sådana allmänna handlingar enligt tryckfrihetsförordningen med begränsningar enligt offentlighets- och sekretesslagen. Eftersom FMV därmed inte berörs av nämnda förslag yttrar sig FMV inte över detta.

## 2.2 Tidsfrist för målens avgörande

FMV anser att en tidsfrist för målens avgörande bör införas. Tidsfristens längd kan möjligen diskuteras men den bör vara någonstans i häradet 90 dagar som föreslagits av överprövningsutredningen eller med tillägg av någon ytterligare månad. Som framgår av FMV:s redogörelse ovan avseende ett nyligen avgjort upphandlingsmål enligt LUFSS, räcker det inte med krav på skyndsamt handläggning för att rimliga handläggningstider ska uppstå. Skälen för tidsfristen är som nämnts bl.a. ökad förutsebarhet för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Argumentet att en tidsfrist skulle vara främmande för svensk rättstradition anser FMV inte väga särskilt tungt ifråga om upphandlingsmål. Upphandlingsbestämmelserna präglas av EU-rätten och politiska kompromisser mellan EU:s medlemsstater och kanske kan påstås vara någon sorts hybrid mellan internationell rätt, offentlig rätt och civilrätt. Mot bakgrund av detta förhållande kan nog hävdas att upphandlingsregelverken i sig är främmande för den rättstradition som fanns i Sverige innan EU-inträdet. Vi har således redan genom införandet av dessa regelverk lämnat svensk rättstradition.

Nuvarande ofta utdragna domstolsprocesser är mycket svårhanterliga för båda parter särskilt i förening med de begränsningar som gäller ifråga om ändring av förfrågningsunderlag och kontrakt. Hela det rättsliga systemet för att hantera upphandlingar förefaller bygga på en teoretisk och politisk syn på upphandlingar snarare än kunskap om hur det fungerar på den marknad som upphandlingen riktar sig till. Detta gäller särskilt försvars- och säkerhetsområdet där utdragna rättsprocesser kan påverka möjligheten att säkerställa det försvar av landet som planerats, som framgår av nämnda erfarenhet från ett av FMV:s upphandlingsmål. De möjligheter som finns i LUFSS att hantera särskilt väsentliga försvars- och säkerhetsintressen och andra väsentliga s.k. allmänintressen är endast tillämpliga i ett begränsat antal specialfall och därmed inte tillräckliga för alla situationer.

## 2.3 Tidsplan för målens avgörande

FMV anser att ett lagstadgat krav på tidsplan för målen avgörande bör införas och som skäl ökad förutsägbarhet och förbättrad rättssäkerhet. Den i lagrådsremissen nämnda rättegångsbestämmelsen avseende tvistemål, d.v.s. 42 kap. 6 § fjärde stycket, bör tjäna som lämplig utgångspunkt för en reglering. FMV har under 2.1 ovan argumenterat för att upphandlingsrättsprocesserna bör handläggas enligt dispositiva tvistemålsförfaranden istället för som ett vanligt förvaltningsrättsmål.

Den åberopade rättegångsbestämmelsen lyder: ”Rätten skall upprätta en tidsplan för målets handläggning, om det inte på grund av målets beskaffenhet eller av något annat särskilt skäl är obehövt. Parterna skall fortlöpande kontrollera att tidsplanen kan hållas såvitt gäller dem och deras bevisning. Om en part bedömer att tidsplanen inte kan hållas, skall detta genast anmälas till rätten. Om rätten bedömer att tidsplanen inte kan hållas, skall parterna underrättas om detta.”

#### 2.4 Domstolens ansvar för materiell processledning

FMV anser att domstolens materiella processledning i upphandlingsmål bör starkt begränsas och anpassas till hur dispositiva tvistemål handläggs och enligt dispositionsprincipen. Upphandlingsmål företer stora likheter med dispositiva tvistemål och bör handläggas därefter. Detta gäller särskilt mål enligt LUFSS. De rättsfall som för närvarande styr handläggningen och som refererats till under 2.1 ovan berör som nämnts LOU och inte LUFSS. Skälen för att överhuvudtaget inte ha någon officialprincip i upphandlingsmål enligt särskilt LUFSS har framförts ovan liksom den inkonsekventa rättspraxis som innebär åberopsbörd men domstolens obundenhet av parternas yrkanden om rättsföljd. Det senare kan som framgår av nämnda FMV rättsfall få konsekvenser som ingen av parterna önskat.

#### 2.5 Preklusionsregler

Med referens till vad som anges under 2.1 ovan angående skyndsamhetskravet betonas att preklusionsfrister erfordras för att skyndsamt handläggning ska kunna ske.

##### Kammarrätten

FMV tillstyrker till del lagrådsremissens förslag ifråga om preklusionsfrist i kammarrätten. Till skillnad mot lagrådsremissförslaget anser FMV dock att preklusionsfristen bör omfatta även bevisning som enligt överprövningsutredningens förslag. En preklusionsregel som endast omfattar omständigheter eller rättsfakta och inte bevis innebär enligt FMV:s uppfattning en inte helt konsekvent lösning av frågan. Omständigheter och bevisning för dessa hör naturligen samman och FMV kan inte se något rimligt skäl att skilja på dessa förhållanden i preklusionshänseende.

FMV noterar att lagrådsremissen anger att i upphandlingsmål är parterna i regel resursstarka och företräds av juridiska ombud precis som FMV angett under 2.1 ovan som bl.a. skäl för att en officialprincip inte borde tillämpas på upphandlingsmål och särskilt inte enligt LUFSS. Av samma skäl kan man rimligen begära att klagande leverantörer är tillräckligt kompetenta för att kunna ange erforderlig bevisning för sina åberopade omständigheter i ett inledande skede av rättsprocessen. Skälen i lagrådsremissen för att inte inkludera bevisning i preklusionsregeln, d.v.s. intresset av att avgörandena blir materiellt riktiga, förefaller en aning verklighetsfrämmande. I vart fall FMV:s upphandlingar är ofta mycket omfattande och av mycket tekniskt komplicerad art. Det är sannolikt inte särskilt lätt för domstolen att förstå detta underlag på ett korrekt sätt utan experterna på innehållet i förfrågningsunderlaget torde vara den upphandlande myndigheten FMV och förhoppningsvis även i upphandlingen deltagande leverantörer. Det är nog att överskatta domstolens möjligheter och förmåga att denna i de mer komplicerade målen, t.ex. enligt LUFSS, skulle kunna genom materiell processledning tillse att målet kompletteras med erforderlig bevisning för att kunna meddela ett materiellt riktigt avgörande.



Ej sekretess

YTTRANDE

Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2021-03-30	21FMV815	12:4
		Sida
		6(10)

### Förvaltningsrätten

FMV tillstyrker till del lagrådsremissens förslag ifråga om preklusionsfrist i förvaltningsrätten. Med åberopande av vad som anges ovan angående kammarrätten anser FMV att preklusionsfristen även i förvaltningsrätten bör omfatta bevisning.

### Närmare utformning

FMV delar vidare lagrådsremissens uppfattning att preklusionsreglerna bör rikta sig till rätten och innebära ett förbud för domstolen att efter en viss tidpunkt beakta nya åberopade omständigheter. FMV anser emellertid som angetts ovan att detta även bör gälla ny bevisning. Av skäl som anges i lagrådsremissen anser FMV också att preklusionsreglerna bör vara obligatoriska.

FMV instämmer i lagrådsremissens förslag ifråga om vems åberopanden som prekluderas, d.v.s. att det enbart är klagande leverantörs åberopade omständigheter i förvaltningsrätten men att preklusionsfristen i kammarrätten omfattar samtliga parter av instansordningsskäl. Vidare delar FMV förslaget att preklusionsfristerna ska omfatta även mål om överprövning av avtals giltighet. Vad gäller preklusionsfristens längd kan lämpligheten av denna diskuteras men FMV kan stödja en tidsfrist på två veckor från ansökan om överprövning i båda fallen.

Ifråga om undantag från preklusionsreglerna kan FMV förstå rättsäkerhetsresonemanget ifråga om fallen då parten kan göra sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheterna i rätt tid eller annars haft giltig ursäkt att inte göra detta. Det ligger då i sakens natur att möjligheten att åberopa dessa undantag upphör så snart hindren för att åberopa de aktuella omständigheterna inte längre föreligger. FMV ifrågasätter om inte detta på något sätt borde framgå av förslaget. Det borde även åtminstone i förarbeten ges exempel på tillämpliga fall.

FMV ifrågasätter förslaget att undanta taleändringsfallet från preklusionsfristen. Om en upphandlande myndighet under pågående överprövning ingår avtal i strid med reglerna om avtalsspärr och en leverantör ändrar sin talan till att avse överprövning av avtalets giltighet, bör en preklusionsfrist löpa från denna tidpunkt. FMV kan inte förstå vilka tolkningsproblem som särskilt skulle uppstå i detta fall och det har inte heller särskilt redogjorts för dessa i lagrådsremissen. Utgångspunkten för beräkning av preklusionsfristens längd är given och de omständigheter det kan vara fråga om att åberopa borde inte vara mer komplicerade än i en direkt ogiltighetstalan.

Vad slutligen avser undantagsfallet tvingande hänsyn till allmänintresse instämmer FMV med lagrådsremissens argumentering som innebär att det vore olämpligt att omständigheter som åberopas till skydd för väsentliga allmänintressen skulle prekluderas och därmed inte kunna beaktas.

## **2.6 Ansökningsavgift**

FMV delar inte lagrådsremissens bedömning att en ansökningsavgift inte bör införas i överprövningsmål och därmed inte heller skälen för detta. Det är alldeles för enkelt och billigt att överpröva upphandlingar i Sverige och FMV anser att det bör införas någon spärr för överprövningar och särskilt enligt LUFSS. Detta kan lämpligen ske genom någon sorts avgift av tillräcklig storlek. En sådan avgift bör kunna vara betydligt högre enligt LUFSS än enligt LOU i likhet med andra bestämmelser avseende belopp såsom tröskelvärdesgränsen. FMV har tidigare i



Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2021-03-30	21FMV815	12:4
		Sida
		7(10)

sitt yttrande beskrivit skillnaden i upphandlingar enligt LUFSS jämfört med LOU innebärande att leverantörer enligt LUFSS ofta är betydligt mer resursstarka än enligt LOU. Även detta motiverar en högre avgift i LUFSS-fallen. Ifråga om nivå på avgifterna kan t.ex. en internationell jämförelse göras av andra länders system. De hinder för överprövning som påstås föreligga för små företag om en ansökan skulle kosta en mindre avgift torde vara betydligt mindre hämmande än det extremt komplicerade regelverk som har skapats för upphandlingar och som absurd nog blir mer och mer komplext varje gång en förenkling föreslås och nya politiska mål ska uppnås genom upphandling.

FMV har uppfattningen att Sverige är en av de mest överprövningsfrämjande medlemsstaterna i EU, om inte till och med den mest överprövningsfrämjande. Sverige har tre myndigheter vars uppgifter mer eller mindre är att utöva tillsyn och ge råd på upphandlingsområdet, Konkurrensverket, Kammarkollegiet och Upphandlingsmyndigheten. Varje advokatbyrå med självaktning har en särskild upphandlingsavdelning med ett antal expertjurister. Varje gång en upphandlande myndighet påbörjar en upphandling har man att räkna med att denna överprövas oavsett hur rättsenligt förfrågningsunderlaget är. Överprövningar sker även av strategiska skäl. Detta kan ställa till stora problem med bäring på rikets försvar och säkerhet när det är fråga om upphandlingar enligt LUFSS som framgår av 2.1 ovan.

Sammantaget är det rimligen så att det komplexa och överprövningsfrämjande rättsmedelsystemet för upphandlingar i Sverige kostar samhället stora summor i försening av upphandlingar och resurser för hantering av överprövningar. En särskild kostnad är den som uppstår vid leveransförsening på grund av rättsprocess och därmed samhällets möjlighet att ianspråkta den materiel och de tjänster som upphandlingen avsåg att anskaffa. En försening som ofta erfordrar kompensatoriska åtgärder.

## 2.7 Ömsesidigt processkostnadsansvar och skadestånd för rättegångskostnader

FMV delar inte lagrådsremissens bedömning att ett ömsesidigt processkostnadsansvar i mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet inte bör genomföras samtidigt som klagandens rättegångskostnader i upphandlingsmål även fortsättningsvis ska kunna utgöra en ersättningsgill skada. Den obalans mellan upphandlande myndigheter och klagande leverantörer som detta medför gagnar inte upphandlingar och en skyndsamt och effektiv handläggning av överprövningar. Antingen bör ett ömsesidigt processkostnadsansvar införas och i samband därmed möjligheten att få ersättning för sina rättegångskostnader skadeståndsvägen upphöra. Alternativt står parterna sina rättegångskostnader i enlighet med utgångspunkten i svensk förvaltningsprocess innebärande att även möjligheten till skadestånd för rättegångskostnader enligt nuvarande rättspraxis upphör.

## 2.8 Ändring av regler om förlängd avtalsspärr

FMV delar bedömningen i lagrådsremissen att nuvarande regler om förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätten inte bör ändras och att det inte heller bör införas en automatisk förlängd avtalsspärr i kammarrätten. Den ordning som gäller i kammarrätten ifråga om möjligheten att framställa om interimistiskt beslut bör istället kvarstå.

FMV vill dock påtala att den intresseavvägning som enligt upphandlingsbestämmelserna ska göras av kammarrätten innan beslut fattas och som särskilt förtydligats enligt den senaste lagändringen

av tillämplig LUFBS-bestämmelse (SFS 2016:391), i realiteten inte följs av domstolarna. Som framgår av lagrådsremissen till denna lagändring och av ett HFD-beslut (meddelat den 26 oktober 2017 i mål nr 1968-17) avser lagändringen att betona och tydliggöra att den skade- och intresseavvägning som domstolen ska göra vid ställningstagande till om interimistiskt beslut ska fattas, särskilt ska beakta bl.a. användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen såsom leverantörer som deltar i upphandlingen.

Istället för den intresseavvägning som ska ske meddelas enligt FMV:s erfarenhet ett interimistiskt beslut på yrkande av en klagande leverantör automatiskt och ett antal juridiska ombud förefaller ha satt i system att inkomma med sin ansökan om överprövning och yrkande om interimistiskt beslut i ett så sent skede efter en förvaltningsrättsdom att en intresseavvägning i praktiken inte ska hinnas med av domstolen. Intresseavvägningen är av särskilt stor betydelse på försvars- och säkerhetsområdet och borde vid korrekt handläggning av kammarrätterna i ett antal fall leda till att ett interimistiskt inhibitionsbeslut inte meddelas, särskilt som det i upphandlingen kan vara långa förhandlingsomgångar kvar till dess det faktiskt blir aktuellt att ingå ett kontrakt.

## 2.9 Avtalsingående hinder för överprövning

FMV delar lagrådsremissens bedömning att ett ingånget avtal även fortsättningsvis ska förhindra en överprövning av en upphandling. Som angetts finns i det läget istället möjligheten att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.

## 2.10 Temporär direktupphandling/förhandlat förfarande utan föregående annonsering

FMV delar lagrådsremissens bedömning att någon ytterligare omständighet under vilken förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan ske inte bör införas för det direktivstyrda området eftersom uppräknigen i direktivet är uttömmande.

FMV delar bedömningen att det inte är lämpligt att i lag föreskriva vad en upphandlande myndighet bör räkna med ifråga om överprövning för att kunna åberopa bestämmelsen om synnerlig brådska på grund av omständigheter som en upphandlande myndighet inte kunnat förutse. De långa överprövningsprocesserna är ett uppenbart problem som bl.a. framgår av redogörelsen för ett FMV:s rättsfall under 2.1 ovan. Som angetts finns ett relativt färskt rättsfall, HFD 2019 ref. 65, som uttalar att en utdragen överprövningsprocess kan vara en oförutsedd omständighet som berättigar till direktupphandling på grund av synnerlig brådska. Hur mycket tid som en upphandlande myndighet bör räkna med för en möjlig överprövning finns dock inte närmare angivet i detta avgörande. Det finns dock uttalanden i rättspraxis och doktrin om att man bör räkna med ca 6 månader sammanlagt för två instanser. Vad som erfordras i det enskilda fallet bör vara en fråga för rättstillämpningen som lagrådsremissen uttalar.

## 2.11 Tidsfrist för överprövning av avtals giltighet vid efterannons

FMV tillstyrker förslaget att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ifråga om icke-direktivstyrda upphandlingar ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom 30 dagar från den erforderliga efterannonsens publicering.





Ej sekretess

YTTRANDE

Datum

2021-03-30

Diarienummer

21FMV815

Ärendetyp

12:4

Sida

9(10)

## 2.12 Fristen för ansökan om skadestånd

FMV noterar lagrådsremissens redogörelse för det första rättsmedelsdirektivet att fristen för ansökan om prövning för skadestånd ska räknas från och med det sökanden fick kännedom om eller borde fått kännedom om överträdelsen. Oavsett denna bestämmelse anser FMV att det är olyckligt om lagstiftningen i denna fråga ska ändras på ett sätt som gör att möjligheten att erhålla skadestånd på grund av ett avtal som eventuellt utgör en överträdelse inte är tidsbestämd. Eftersom det stora flertalet upphandlingar är offentliga och även annonserade torde intresserade leverantörer känna till vilka kontrakt som är pågång. FMV utgår i och för sig från att om en upphandling annonserats måste det åtminstone anses som att leverantörer borde känt till det upphandlingskontrakt som blir resultatet av den annonserade upphandlingen och därmed fristen räknas från kontraktsgåendet. Fristen för att driva en skadestandsfråga är för övrigt så lång som ett år vilket också borgar för att aktuella kontrakt på något sätt kommer intresserade leverantörer till kännedom.

FMV har samma inställning ifråga om fristen för skadeståndstalan när ett kontrakt förklarats ogiltigt, d.v.s att fristen bör räknas från det domen vann laga kraft. Eftersom en dom är offentlig bör man rimligen anse att intresserade leverantörer borde känt till denna dom och att det inte kan finnas möjlighet att påstå något annat och därmed utvidga tidsfristen för skadeståndstalan.

Angående frågan om upphandling är myndighetsutövning eller ej och därmed om skadeståndslagens bestämmelser vid fel eller försummelse vid sådan myndighetsutövning kan tillämpas på upphandlingar, är FMV:s uppfattning att den åtminstone dominerande inställningen i frågan bland sakkunniga jurister är att upphandling inte är myndighetsutövning. Det vore illa om även denna möjlighet att driva rättsprocesser på upphandlingsområdet skulle öppnas.

Det borde vara ett samhällsintresse att inte ytterligare skapa möjligheter i Sverige för att driva rättsprocesser inom upphandlingsområdet utöver alla de som redan finns. Man skulle för övrigt kunna se ettårsfristen som en fråga om preskription av möjligheten att ifrågasätta upphandlingskontrakt till gagn för rimligt fungerande samhällsfunktioner.

## 2.13 Efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

FMV noterar förslaget att inte behöva efterannonsera upphandlingar under 100.000 kronor. FMV anser dock att det andra diskuterade alternativet att bara behöva efterannonsera upphandlingar över direktupphandlingsgränsen vore att föredra. FMV har tidigare i yttrandet kommenterat den komplexitet som alla upphandlingsbestämmelser utgör och föreslagen bestämmelse om efterannonsering av så små upphandlingar som de som endast omfattar belopp från 100.000 kronor utgör ytterligare en belastning på upphandlande myndigheter.

## 2.14 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

FMV noterar redogörelsen i lagrådsremissen för tillämpliga LOU bestämmelser och relativt ny EU-domstolspraxis samt EU Kommissionens underrättelse ifråga om Sveriges bristande genomförande av tillämpliga EU bestämmelser angående tidsgränser för uteslutning mm. Mot bakgrund därav förefaller det vara erforderligt för Sverige att i lag införa angivna tidsgränser vid uteslutning på grund av brott.



Ej sekretess

YTTRANDE

Datum

2021-03-30

Diarienummer

21FMV815

Ärendetyp

12:4

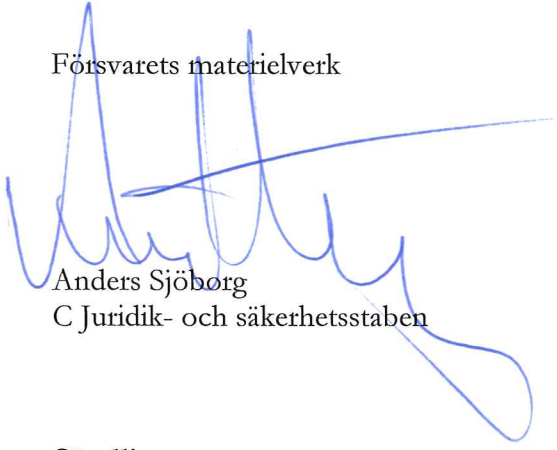
Sida

10(10)

FMV tillstyrker att nämnda tidsgränser inte införs i LUFSS med anledning av att LUFSS-direktivet inte innehåller sådana tidsgränser. Rent allmänt ifrågasätter FMV det lämpliga med fastställda tidsgränser i saken. Vad som är lämpligt ifråga om uteslutning beror förstås på vilket brott det är fråga om och övriga omständigheter i saken.

I den slutliga handläggningen har juristen Carl-Mikael Schlyter, Juridik- och säkerhetsstaben, deltagit som föredragande.

Försvarets materielverk



Anders Sjöborg  
C Juridik- och säkerhetsstaben

#### Sändlista

Finansdepartementet, Avdelningen för Offentlig förvaltning

För kännedom

Försvarsdepartementet

Arkiv