

## Kritik mot två domare vid Kammarrätten i Jönköping med anledning av långsam handläggning av ett yrkande om interimistiskt förordnande i ett mål om offentlig upphandling

---

**Beslutet i korthet:** I ett mål där en anbudsgivare hade begärt överprövning av en offentlig upphandling meddelade förvaltningsrätten dom den 16 november 2012. I domen avslag förvaltningsrätten ansökan om överprövning. Enligt lagen fick det bolag som genomförde upphandlingen inte träffa avtal förrän tio dagar hade gått från det att domstolen hade avgjort målet, dvs. tidigast den 27 november 2012.

Den 20 november 2012 överklagade anbudsgivaren domen till kammarrätten. I överklagandet begärde anbudsgivaren att kammarrätten i ett s.k. interimistiskt beslut skulle förlänga den tid inom vilken avtal inte fick träffas. Kammarrätten avslag detta yrkande först den 26 november 2012. Två domare vid kammarrätten får kritik för att handläggningen av det interimistiska yrkandet inte varit tillräckligt skyndsamt.

### Anmälan

I en anmälan, som kom in till JO i december 2012, framförde AA klagomål mot Kammarrätten i Jönköping med anledning av handläggningen av ett mål om överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Han anförde bl.a. följande. I ett överklagande till kammarrätten yrkade han, som ombud för anbudsgivaren Purac AB, att kammarrätten interimistiskt skulle besluta att den upphandlande enheten inte fick ingå avtal innan något annat hade bestämts. Kammarrätten prövade inte det interimistiska yrkandet förrän den sista dagen på den tiodagarsfrist som löpte efter förvaltningsrättens dom.

### Utredning

Vissa handlingar begärdes in och granskades. Av tillgängliga handlingar framgick bl.a. följande. Sörmland Vatten och Avfall AB (Sörmland Vatten) genomförde en upphandling avseende bl.a. maskinutrustning. Purac AB var en av anbudsgivarna. Sörmland Vatten antog ett anbud från en annan anbudsgivare. Purac AB ansökte hos Förvaltningsrätten i Linköping om överprövning av upphandlingen. Genom dom den 16 november 2012 avslag förvaltningsrätten ansökan om överprövning. Purac AB överklagade domen till Kammarrätten i Jönköping. Överklagandet kom in till kammarrätten den 20 november 2012. I överklagandet begärde Purac AB att

kammarrätten, med stöd av 16 kap. 9 § LUF, skulle meddela ett s.k. interimistiskt förordnande i målet. Kammarrätten avlog yrkandet om interimistiskt förordnande den 26 november 2012, som var den sista dagen i tiodagarsfristen enligt 16 kap. 10 § LUF.

Kammarrätten anmodades att lämna upplysningar om handläggningstiden för prövningen av Purac AB:s yrkande om interimistiskt förordnande.

Kammarrätten (presidenten BB) kom in med ett yttrande, till vilket var fogat upplysningar från kammarrättslagmannen CC och kammarrättsrådet DD (referent i målet).

DD uppgav följande.

Målet anhängiggjordes den 20 november 2012. När jag tog emot akten bestod den av faxkopia av överklagandet, av förvaltningsrättens överklagade avgörande samt av förvaltningsrättens dagboksblad i målet.

Jag kunde utifrån dessa handlingar konstatera att den sista dagen i tiodagarsfristen enligt 16 kap. 10 § LUF var den 26 november 2012. Jag gjorde bedömningen att det i det läget inte var nödvändigt att fatta ett beslut om interimistiskt förordnande på den grunden att domstolens möjlighet till överprövning annars skulle upphöra (jfr bland annat rättsfallet RÅ 2003 ref. 64), utan beslöt att invänta förvaltningsrättens akt och att lägga målet för bevakning till nästföljande dag.

Förvaltningsrättens akt inkom tillsammans med överklagandet i original dagen därefter, dvs. den 21 november 2012. Av akten framgick att AA, som ombud för sökanden i förvaltningsrättens mål, hade tagit del av förvaltningsrättens dom den 19 november 2012. Sista dagen för överklagande i kammarrätten var således den 10 december 2012.

Efter en första hastig genomgång av målet gjorde jag bedömningen att jag, med beaktande av målets beskaffenhet och min arbetssituation i övrigt, skulle – efter viss utredning – kunna komma fram till ett ställningstagande i såväl frågan om prövningstillstånd som frågan om interimistiskt förordnande inom loppet av ett par dagar. Vad gällde ställningstagandet till frågan om prövningstillstånd kunde detta dock – för det fall det utföll till klagandens nackdel – endast bli preliminärt, eftersom klagandens frist för överklagande av förvaltningsrättens avgörande inte hade gått ut (se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden den 9 oktober 2012 i mål nr 3141-12 och 4111-12).

Jag anmälde detta till ordföranden. Vi kom överens om att jag skulle föredra målet på eftermiddagen fredagen den 23 november 2012. (Jag arbetar deltid och detta innebär bland annat att min arbetsdag normalt börjar kl. 13.00 på fredagar.)

Jag hade under torsdagen den 22 november 2012 underhandskontakter med ordföranden angående bland annat utredningens fortskridande.

På fredagseftermiddagen den 23 november 2012 drog emellertid den föredragning som föregick min föredragning av det aktuella målet ut på tiden. När det blev dags att föredra målet var eftermiddagen långt gången och ett beslut i frågan om interimistiskt förordnande skulle inte hinna expedieras före kontorstidens slut. Jag hade inte haft någon kontakt med AA och han visste således inte om min avsikt att föredra målet på fredagen. Ordföranden och jag kom överens om att jag i stället skulle föredra målet följande måndag, den 26 november 2012, och att detta skulle ske på morgonen så att beslut skulle kunna fattas och expedieras till parterna genom e-postmeddelande under förmiddagen.

Så skedde. Av e-postlogg i den expedierande domstolssekreterarens dator framgår att kammarrättens aktuella beslut sändes i ett e-postmeddelande kl. 12.00 den 26

november 2012 till den e-postadress AA uppgett i överklagandet. Beslutet sändes samtidigt med vanlig postbefordran till parterna.

Kammarrättens beslut att avslå yrkandet om interimistiskt förordnande överklagades inte.

Den 11 december 2012, när tiden för överklagande av förvaltningsrättens avgörande gått ut, kontaktade jag den upphandlande enheten och fick besked att avtal i den aktuella upphandlingen hade slutits den 30 november 2012.

Eftersom kammarrätten därmed i enlighet med 16 kap. 6 § andra stycket LUF var förhindrad att ta slutlig ställning till frågan om prövningstillstånd, avskrevs målet från vidare handläggning.

CC tillade följande.

När målet kom in till kammarrätten tisdagen den 20 november 2012 fördelades det till min avdelning. Samma dag vidarefördelade jag målet till DD. På kammarrätten har vi sedan början av 2012 en specialiserad handläggning av upphandlingsmål och DD har sedan dess varit en av avdelningens specialister när det gäller denna måltyp. Innan jag vidarefördelade målet hade jag läst överklagandet och konstaterat att det fanns ett yrkande om interimistiskt beslut och att tiodagarsfristen löpte till och med måndagen den 26 november. Jag hade också ögnat igenom förvaltningsrättens dom.

DD och jag hade sedan löpande kontakt med varandra om både de materiella frågorna i målet och handläggningen. Vi bedömde att det var mest lämpligt att inte ta ställning till det interimistiska yrkandet redan under tisdagen eftersom vi skulle ha ett bättre beslutsunderlag när vi fått tillgång till och läst akten, vilket beräknades kunna ske innan tiodagarsfristen löpte ut.

Onsdagen den 21 november kom förvaltningsrättens akt. Vi inriktade oss då på att föredra målet och ta ställning till det interimistiska yrkandet fredagen den 23 november, men kom senare att skjuta upp föredragningen och avgörandet av frågan om interimistiskt förordnande till måndagen den 26 november. Som jag minns det var ett skäl till att vi sköt på föredragningen att vi ville fundera ytterligare någon tid för att känna oss helt säkra på att vi rätt förstått de byggnadstekniska frågor som var aktuella i upphandlingen. Om vi skulle komma till slutsatsen att det fanns skäl för prövningstillstånd ansåg vi av effektivitetsskäl att det var lämpligt att besluta om detta samtidigt som vi prövade frågan om interimistiskt förordnande. Arbetsbelastning och prioriteringar av andra arbetsuppgifter spelade säkerligen också roll när vi bestämde att föredragningen kunde vänta till måndagen.

När beslutet meddelades den 26 november hade vi också gjort den preliminära bedömningen att det inte fanns skäl att meddela prövningstillstånd. Något slutlig ställningstagande i den frågan kunde kammarrätten dock inte göra innan tiden för överklagande till kammarrätten hade löpt ut. Detta till följd av de avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen i oktober 2012 som DD har redovisat.

Den möjlighet som upphandlingslagstiftningen ger att interimistiskt förordna att avtal inte får ingås syftar inte till att förhindra verkställighet utan till att säkerställa en effektiv överprövning, särskilt avseende tilldelningsbeslut. Även utan interimistiskt förordnande kvarstår möjligheten till överprövning så länge avtal inte har slutits, vilket inte får ske så länge tiodagarsfristen löper.

I detta fall hade den klagande leverantören möjlighet att under eftermiddagen den 26 november överklaga kammarrättens beslut till Högsta förvaltningsdomstolen med e-post eller telefax. Ett sådant överklagande skulle kammarrätten omedelbart ha rättidsprövat och vidarelämnat till Högsta förvaltningsdomstolen, som hade haft möjlighet att utan överväganden om sannolikheten för bifall till ansökan om överprövning förordna interimistiskt i syfte att säkerställa möjligheten till överprövning (se RÅ 2003 ref. 64). Det är tämligen vanligt att sådana yrkanden inkommer just innan tiodagarsfristen löper ut eller t.o.m. kort därefter och domstolarna har god beredskap att hantera sådana situationer.

Den klagande leverantören led alltså ingen rättsförlust av att kammarrättens beslut dröjde till måndagen den 26 november. Möjligheten till överprövning kvarstod. Dock blev tiden för att färdigställa ett överklagande kort och det hade sannolikt underlättat för klaganden att få längre tid på sig.

Interimistiska förordnanden enligt upphandlingslagstiftningen kan alltså – till skillnad från andra interimistiska förordnanden – göras utan att sannolikheten för bifall till talan vägs mot de risker som står på spel för parterna. Detta gäller om möjligheten till överprövning annars riskerar att gå förlorad för att tiodagarsfristen är på väg att löpa ut eller redan har löpt ut utan att avtal ännu har slutits.

När situationen inte är sådan utan det faktiskt finns utrymme för tanke och handling anser jag att kammarrätten bör göra en avvägning mellan de olika intressen som parterna i målet kan antas ha. Om detta inte hade varit lagstiftarens mening borde bestämmelser om s.k. automatisk avtalsspärr ha funnits även i överrättsprocessen.

Den leverantör som begär interimistiskt förordnande har normalt intresse av att avtal inte sluts förrän överprövning av tilldelningsbeslutet (målen gäller oftast sådana beslut) har kunnat ske. Den upphandlande myndigheten och den leverantör som gynnats av ett tilldelningsbeslut har som regel intresse av att avtal kan slutas så snart som möjligt. Parternas intressen är således motstridiga. De är också av allmänna skäl beaktansvärda.

I detta fall valde kammarrätten att vänta med att ta ställning till det interimistiska yrkandet till dess att ett preliminärt ställningstagande kunde göras i frågan om prövningstillstånd. Den frågan krävde viss eftertanke och beslutet kom därför inte förrän på måndagen den 26 november. Att klagandens tid för vidare överklagande blev kort väjde inte särskilt tungt i de överväganden som gjordes.

Kammarrätten hade kunnat hantera frågan på andra sätt.

Ett sätt hade kunnat vara att utan djupare överväganden genast förordna interimistiskt och att sedan vägra prövningstillstånd när tiden för överklagande till kammarrätten hade löpt ut den 11 december. Detta hade medfört att en ny tiodagarsfrist börjat löpa efter beslutet att vägra prövningstillstånd. Det hade gett den klagande leverantören ytterligare tid att färdigställa ett överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen, men det hade samtidigt fördröjt den upphandlande myndighetens och den vinnande leverantörens möjlighet att ingå avtal.

Ett annat sätt hade kunnat vara att genast förordna interimistiskt och att sedan upphäva det beslutet när det preliminära ställningstagandet att inte meddela prövningstillstånd var klart den 26 november. Även ett sådant beslut hade enligt lagen följts av en ny tiodagarsfrist. Den klagande leverantören hade fått mer tid till förfogande men möjligheten att sluta avtal hade samtidigt fördröjts.

I båda de scenarier som nyss beskrivits hade kammarrätten kunnat välja att i samband med det senare beslutet också besluta att någon ny tiodagarsfrist inte skulle gälla. Detta hade medfört att avtal kunnat slutas direkt därefter och hade följaktligen helt kunnat avskära den klagande leverantören från möjligheten till överprövning.

Alla de handlingsalternativ som jag kan se har både för- och nackdelar. Självfallet kan det finnas olika uppfattningar om vilken tyngd parternas skilda intressen ska tillmätas när kammarrätten har möjlighet att välja hur ett yrkande om interimistiskt förordnande ska hanteras. På avdelningen har vi ägnat en hel del diskussioner åt hur vi lämpligen bör gå tillväga. Tidigare avgjorde vi ofta frågan om prövningstillstånd så snart vi hade en klar uppfattning i frågan, eftersom vi utgick från att upphandlingsmål bör avgöras med förtur av hänsyn till upphandlande myndigheters och andra leverantörers intressen. Efter att Högsta förvaltningsdomstolen i oktober 2012 klargjorde att vi som regel måste avvakta utgången av tiden för överklagande till kammarrätten har vi fått tänka om och i det läget gjorde vi de ställningstaganden som är aktuella nu. Jag ser fram emot möjligheten att JO kan bidra med ytterligare klargörande uttalanden till ledning för vår fortsatta rättstillämpning vid handläggningen av upphandlingsmål.

BB tillade följande.

De sakuppgifter som lämnas i de bifogade yttrandena överensstämmer med de handlingar som är tillgängliga i målet. Jag delar de bedömningar av rättsläget rörande den aktuella frågan som särskilt redovisas i CC:s yttrande. Det hade givetvis varit önskvärt om beslut rörande klagandens yrkande om interimistiskt förordnande hade kunnat prövas och expedieras tidigare, men jag kan inte finna att kammarrättens handläggning varit felaktig eller på annat sätt klandervärd.

AA yttrade sig över remissvaret.

### **Bedömning**

Avtalsspärr betyder att den som har upphandlat något under en viss period inte får ingå avtal med den som har vunnit upphandlingen. Om den som har förlorat en upphandling har ansökt om att förvaltningsrätten ska överpröva upphandlingen, fortsätter en avtalsspärr att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (s.k. förlängd avtalsspärr, se 16 kap. 8 § LUF). En sådan avtalsspärr innebär också att den upphandlande enheten inte får ingå ett avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet (se 16 kap. 10 § LUF).

Förvaltningsrätten i Linköping avslog Purac AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen den 16 november 2012. Den ovan beskrivna tiodagarsfristen innebar därmed att Sörmland Vatten hade möjlighet att träffa avtal med den vinnande leverantören efter den 26 november 2012. Och om ett avtal skulle komma att träffas, hade kammarrätten enligt 16 kap. 6 § andra stycket LUF inte kunnat ta ställning till Purac AB:s överklagande.

Den 20 november 2012 kom Purac AB:s överklagande av förvaltningsrättens dom in till kammarrätten. Sex dagar återstod då av tiodagarsfristen. Det fanns möjlighet för kammarrätten att besluta att Sörmland Vatten inte heller efter utgången av tiodagarsfristen fick ingå avtal innan något annat hade bestämts (16 kap. 9 § LUF). I sitt överklagande begärde Purac AB att kammarrätten skulle meddela ett sådant s.k. interimistiskt beslut.

Ur Purac AB:s perspektiv var det angeläget att kammarrätten fattade sitt beslut så snart som möjligt. Bolaget hade nämligen ett intresse av att hinna överklaga ett eventuellt avslagsbeslut i sådan tid att överklagandet kunde komma in till Högsta förvaltningsdomstolen inom tiodagarsfristen. Kammarrätten tog emellertid ställning till Purac AB:s begäran om ett interimistiskt beslut först under måndagen den 26 november 2012, dvs. under tiodagarsfristens sista dag, och kammarrättens avslagsbeslut expedierades per e-post till Purac AB:s ombud AA samma dag kl. 12.00. Av tiodagarsfristen återstod då endast resten av måndagen. När fristen löpte ut kunde Sörmland Vatten träffa ett avtal med anledning av upphandlingen och då skulle Purac AB:s möjlighet att få upphandlingen överprövad försvinna.

Eftersom lagen gav Purac AB möjlighet att överklaga ett beslut om avslag på det interimistiska yrkandet borde kammarrätten enligt min mening ha planerat sitt arbete så att beslutet inte sköts upp till en tidpunkt då det bara fanns timmar kvar av

kammarrättens arbetstid innan tiodagarsfristen löpte ut. AA har uppenbarligen ansett att Purac AB inte har fått en rättvis behandling eftersom han i sin JO-anmälan har skrivit att kammarrätten har förhalat beslutet och därigenom satt möjligheten att överklaga sakfrågan ur spel.

Jag anser att DD och CC borde ha sett till att kammarrättens beslut med anledning av det interimistiska yrkandet hade meddelats senast under fredagen den 23 november 2012. De ska kritiseras för att så inte blev fallet.

Ärendet avslutas.