
ORDNINGEN ÅTERSTÄLLD?

– om frister och den enskildes rätt till en effektiv och likvärdig (över)prövning

Erik Olsson, Karolina Kjellberg och Albin Svensson*

1. INLEDNING

Tidigare i år meddelade Högsta förvaltningsdomstolen prövningstillstånd i ett mål rörande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). Ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är det naturligtvis av särskilt intresse att följa målet, men det finns även en unionsrättslig aspekt som inte tycks ha uppmärksamats i någon av instanserna. Enligt vår uppfattning aktualiserar målet fråga om de krav på likvärdighet och effektivitet i rättsmedel som ska iakttas då en enskild försöker tillvarata sina rättigheter enligt unionsrätten.

Frågan som Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva är om en upphandlande myndighet kan förlänga en avtalsspärr efter det att en underrättelse enligt 12 kap. 12 § 1 st. LOU har skickats ut. Enligt lagtexten börjar en avtalsspärr, det vill säga den karenstid inom vilken den upphandlande myndigheten inte får teckna avtal, att gälla i samband med att alla anbudsgivare underrättas om tilldelningsbeslutet i upphandlingen. Utöver att vara en karenstid för den upphandlande myndigheten, utgör avtalsspärren även en överklagandefrist för den leverantör som vill ansöka om överprövning av upphandlingen. Vad Högsta förvaltningsdomstolen nu har att pröva är om en sådan avtalsspärr kan förlängas efter att den upphandlande myndigheten skickat ut underrättelse om tilldelningsbeslut.

Om Högsta förvaltningsdomstolen finner att en avtalsspärr inte går att förlänga, alternativt att den inte går att förlänga på det sätt som skett i målet, blir frågan om anbudsgivare ges en sämre möjlighet att tillvarata sina rättigheter och att få dem prövade i domstol enligt LOU, jämfört med vad som är fallet för motsvarande situation enligt nationell rätt.

* Erik Olsson, advokat och delägare, Karolina Kjellberg och Albin Svensson, biträdande jurister. Samtliga vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

Denna krönika kommer därför ta sin utgångspunkt i mål nr 6326-18 som ligger för prövning i Högsta förvaltningsdomstolen ("Prövningsmålet") och redogöra för dels det svenska institutet återställande av försutten tid, dels det EU-rättsliga kravet på att anbudsgivare inte får ges sämre tillgång till rättsmedel än vad som vore fallet vid motsvarande prövning utanför en EU-rättslig kontext. Genom denna redogörelse försöker vi tydliggöra den EU-rättsliga konflikt som kan komma att uppstå och, framför allt, hur denna konflikt går att undvika.

2. REDOGÖRELSE FÖR KAMMARRÄTTEN I JÖNKÖPINGS MÅL NR 2051-18

I målet prövade kammarrätten om en avtalsspärr kan förlängas efter det att en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt LOU skickats ut, och, om så är möjligt, formen för en sådan förlängning. Det är detta mål som sedermera kommit att bli Prövningsmålet.

Bakgrunden var att en upphandlande myndighet ("Myndigheten") genomförde en upphandling. Samtliga anbudsgivare underrättades om tilldelningsbeslutet den 25 juni 2018 och avtalsspärr löpte därmed till och med den 5 juli. Den 4 juli hade dock Myndigheten, genom ett e-postmeddelande ställt till endast en av anbudsgivarna ("Bolaget"), skrivit att:

"vi tycker [...] att det är rimligt att ni får ett par dagar på er att begrunda ytterligare, då det tog tid att få ut [den begärda] informationen. Mot bakgrund av det inträffade tillämpar vi därför förlängd avtalsspärr t.o.m. måndagen den 9 juli 2018 kl. 23:59".

Den 9 juli ansökte Bolaget om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten avvisade dock ansökan såsom för sent inkommen.¹ Anledningen till detta, menade domstolen, var att myndighetens e-postmeddelande inte kunde ses som ett nytt tilldelningsbeslut och att avtalsspärren därför inte kunde förlängas genom detta. Av ordalydelsen i 20 kap. 1 § LOU är nämligen avtalsspärren beroende av just *underrättelsen* om tilldelningsbeslut.

Genom dom av den 22 november 2018 avslog Kammarrätten i Jönköping Bolagets överklagande. Domstolen, som alltså prövade överklagandet i sak, anförde följande skäl:

"[d]et antal dagar inom vilka den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal (avtalsspärr) framgår i detta mål av 20 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av samma bestämmelse framgår att *myndigheten kan välja att tillämpa en längre avtalsspärr, men att det i så fall ska anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet*. En ansökan om överprövning av upphandlingen ska enligt 20 kap. 11 § samma lag ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som anges ovan.

¹ Förvaltningsrätten i Jönköpings beslut av den 9 juli 2018 i mål nr 3579-18.

[...]

Kammarrätten konstaterar att [myndighetens] *e-postmeddelande inte innehåller någon underrättelse om beslut att tilldela kontrakt* samt att meddelandet, trots att det finns flera andra anbudsgivare, endast är ställt till [anbudsgivaren]. E-postmeddelandet kan inte ses som ett nytt tilldelningsbeslut och den tidsfrist som anges i meddelandet kan därför inte beaktas vid prövningen av om [anbudsgivarens] ansökan om överprövning har kommit in i rätt tid enligt 20 kap. 11 § LOU”, kursivering tillagd.

Som bekant var saken dock inte avgjord genom kammarrättens dom, utan målet överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som meddelade prövningstillstånd den 26 februari 2019. Den fråga som nu är föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning är om en upphandlande myndighet kan förlänga en avtalspärre efter det att en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt LOU har skickats ut.²

3. ÅTERSTÄLLANDE AV FÖRSUTTEN TID

3.1 Vilka klagofrister kan bli föremål för återställande av försutten tid?

Den svenska förvaltningsprocessen innehåller två extraordinära rättsmedel, nämligen resning och återställande av försutten tid. Återställande av försutten tid regleras i 37 c § förvaltningsprocesslagen (1971:291, ”FPL”), där det anges att:

”[o]m tiden för överklagande eller en därmed jämförbar åtgärd har försuttits på grund av omständighet som utgör giltig ursäkt, får tiden återställas”.

Bestämmelsen tar i första hand sikte på situationer där klagofristen för ett överklagbart beslut har gått ut.³ Återställande av försutten tid kan dock, som framgår av lagtexten, även komma i fråga för *en med överklagande jämförbar åtgärd*. Denna avgränsning innebär att rena ansökningstider eller anmälningstider inte kan bli föremål för återställande.⁴ Högsta förvaltningsdomstolen har tidigare konstaterat att exempelvis laglighetsprövningar, rättsprövningar och omprövning av taxeringsbeslut är sådana åtgärder som är jämförbara med ett överklagande.⁵ Detsamma går dock, enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis, inte att säga om klagofristen för en ansökan om överprövning.

² Det framstår som att målet inte tillförts något i sak sedan den 9 april 2019 och därmed som att skriftväxlingen är avslutad, se dagboksbladet i Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 6326-18.

³ Se RÅ 2002 ref. 71.

⁴ Se RÅ 1992 not. 80, RÅ 1997 not. 209 och RÅ 1998 not. 238.

⁵ Se RÅ83 2:96 (laglighetsprövning), RÅ 1990 ref. 46 (rättsprövning) och RÅ 2002 ref. 66 (omprövning av taxeringsbeslut).

En leverantör som vill ansöka om överprövning av en upphandling har att förhålla sig till en strikt tidsfrist enligt 20 kap. 11 § LOU. Denna frist är i regel tio dagar från att beslutet meddelats.⁶ Efter utgången av denna klagofrist föreligger ingen möjlighet för en leverantör att få upphandlingen överprövad.

I RÅ 2007 not. 31 prövade Högsta förvaltningsdomstolen om det är möjligt att återställa den upphandlingsrättsliga klagofristen. För att ge en korrekt bild av denna prövning måste dock något sägas om de rättsliga förutsättningarna för domstolens prövning, som skedde enligt 1992 års LOU⁷.

1992 års LOU innehöll i likhet med nuvarande LOU en klagofrist, men däremot ingen strikt sådan. Den relevanta bestämmelsen var istället utformad på så vis att en upphandlande myndighet var förbjuden att inom tio dagar från tilldelningsbeslut teckna kontrakt i en upphandling. Under denna tiodagarsfrist kunde leverantören ansöka om överprövning av upphandlingen. Efter utgången av tiodagarsfristen stod det myndigheten fritt att teckna kontrakt i upphandlingen. Enligt nuvarande LOU skulle utgången av tiodagarsfristen även innebära att samtliga leverantörer gått miste om rätten att ansöka om överprövning. Så var dock inte fallet enligt 1992 års LOU.

Ifall en upphandlande myndighet valde att vänta med att teckna kontrakt fortsatte klagofristen att löpa vidare, obegränsat i tiden. För att myndigheten skulle vara förhindrad att teckna kontrakt krävdes att en leverantör dels ansökte om överprövning, dels yrkade och beviljades interimistiskt beslut (av innebörden att kontrakt inte fick tecknas förrän prövningen avslutats). Enligt nuvarande ordning hade en ansökan avvisats såsom för sent inkommen även om myndigheten inte tecknat något avtal.

Sakomständigheterna i RÅ 2007 not. 31 var följande. En leverantör ansökte om överprövning av en upphandling och yrkade i samband med detta att länsrätten skulle meddela interimistiskt beslut. Länsrätten biföll yrkandet om interimistiskt beslut, men lämnade sedermera ansökan som sådan utan bifall. Därmed upphävdes det interimistiska beslutet. Detta innebar att den upphandlande myndigheten kunde teckna kontrakt med den vinnande anbudsgivaren tio dagar efter att det interimistiska beslutet upphävts. Myndigheten valde att använda denna möjlighet och tecknade kontrakt strax efter de tio dagarnas utgång.

Ungefär en månad efter meddelad dom överklagade leverantören länsrättens avgörande. Kammarrätten avvisade överklagandet med hänvisning till att det förflutit mer än tio dagar sedan länsrättens upphävande av det interimistiska beslutet och att den upphandlande myndigheten hade tecknat kontrakt i

⁶ Om underrättelsen om tilldelningsbeslut skickats på annat sätt än med elektroniskt medel är fristen 15 dagar. Den upphandlande myndigheten kan vidare ange en längre frist än vad som följer av lagtexten, varpå den längre fristen gäller.

⁷ Lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

upphandlingen. Detta överklagades i sin tur till Högsta förvaltningsdomstolen. I tillägg till det ursprungliga yrkandet, yrkande leverantören i andra hand att

”Regeringsrätten skulle återställa den frist om tio dagar från länsrättens dom inom vilken [leverantören] hos kammarrätten hade kunnat påkalla ett interimistiskt beslut”.

Angående frågan om återställande av försutten tid uttalade Högsta förvaltningsdomstolen, med den korthet som ofta kännetecknar domskälen i notismål, att:

”[e]nligt 37 c § FPL får tiden för överklagande eller därmed jämförbar åtgärd under vissa förutsättningar återställas. Den i [relevant lagrum] föreskrivna fristen om tio dagar, inom vilken en ansökan om åtgärder enligt [relevant lagrum] kan prövas av allmän förvaltningsdomstol, är *inte av beskaffenhet att kunna återställas*”, kursivering tillagd.

Högsta förvaltningsdomstolen har därefter bekräftat att motsvarande gällde även enligt 2007 års LOU.⁸ I målet ledde ett handläggningsfel hos den förvaltningsrätt som prövade en leverantörs ansökan om överprövning till att den sökande leverantören inte delgavs domen. Eftersom förvaltningsrättens avgörande inte överklagats inom tio dagar tecknade den upphandlande myndigheten kontrakt i upphandling. Leverantören överklagade till kammarrätten, som konstaterade att kontrakt tecknats och avvisade överklagandet. Leverantören överklagade till Högsta förvaltningsdomstolen, men utan att uttryckligen yrka eller argumentera för återställande av försutten tid. Högsta förvaltningsdomstolen tolkade dock in ett sådant yrkande i överklagandet men fann återigen, med hänvisning till RÅ 2007 not. 37, att fristen inte var av sådan beskaffenhet att den kunde återställas.

Frågan har vid två tillfällen prövats av kammarrätterna utifrån 2007 års LOU.⁹ Nyligen fick dock Kammarrätten i Göteborg anledning att ta ställning till ansökan om återställande av försutten tid utifrån nuvarande LOU.¹⁰ Domstolen fann mycket kort att:

”[e]n föreskriven frist om tio dagar, inom vilken en ansökan om överprövning enligt *lagen (2016:1145) om offentlig upphandling* kan tas upp till prövning av en allmän förvaltningsdomstol har inte ansetts vara av sådan beskaffenhet att den kan återställas (se RÅ 2007 not. 31)”, kursivering tillagd.

Varken Högsta förvaltningsdomstolen eller kammarrätterna har redogjort för *varför* den upphandlingsrättsliga tiodagarsfristen inte är av sådan beskaffenhet

⁸ RÅ 2010 not. 74, där prövningen gjordes utifrån lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

⁹ Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 3 maj 2012 i mål nr 532-12 och 1013-12 samt Kammarrätten i Stockholms dom av den 18 februari 2013 i mål nr 8978-12 och 541-13.

¹⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 10 maj 2019 i mål nr 3403-19. Domen har enligt kammarrätten inte överklagats till 123.

att den kan återställas. Enligt vår mening är det dock sannolikt att fristens tidigare utformning vägde in vid bedömningen i RÅ 2007 not. 37. Dåvarande frist hade inte den strikta utformning gentemot leverantörer som är fallet enligt nu gällande LOU. Den var istället i huvudsak riktad mot den upphandlande myndigheten. Detsamma gällde vid tidpunkten för Högsta förvaltningsdomstolens prövning enligt 2007 års LOU. Först 2011 blev tiodagarsfristen en strikt (tale) frist, i första hand riktad mot leverantörer.¹¹ Genom denna ändring försvann den aspekt som, enligt vår uppfattning, var den avgörande faktorn vid Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden, nämligen att den tidigare fristen framförallt reglerade myndighetens, snarare än leverantörens, agerande.

Av denna anledning är det vår bedömning att det inte utan vidare går att konstatera att nuvarande frist är av sådan karaktär att den inte kan återställas. Framför allt bör en domstol inte kunna komma till en sådan slutsats, enbart med hänvisning till Högsta förvaltningsdomstolens praxis rörande tidigare frister, och utan att särskilt ange skälen för sitt resonemang.

3.2 Kort om övriga rekvisit för återställande av försutten tid

För att återställande av försutten tid ska komma i fråga krävs det att fristen avser ett överklagbart beslut och att klaganden haft klagorätt.¹² Därutöver krävs att klaganden haft en *giltig ursäkt* att försitta tiden.¹³

Högsta förvaltningsdomstolen har vid ett antal tillfällen funnit att om klagandens försening beror på försummelse som kan läggas beslutsmyndigheten till last utgör detta giltig ursäkt.¹⁴ Även andra omständigheter har bedömts utgöra giltig ursäkt, såsom förseningar i postgången.¹⁵ Däremot kan försummelse av klagandeombudet inte vara en giltig ursäkt förutom under mycket speciella förhållanden.¹⁶ Därutöver kan, enligt von Essen, utlandsvistelse utgöra en giltig ursäkt för att återställa försutten tid.¹⁷

¹¹ Se lag (2011:1030) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹² Se RÅ 1986 ref. 37 (överklagbart beslut) och RÅ 1994 ref. 66 (klagorätt).

¹³ För en utförlig genomgång av relevanta rättsfall, se von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m.* (14 februari 2019, Zeteo), kommentaren till 37 c § FPL, läst den 29 september 2019.

¹⁴ Se RÅ 1987 ref. 2, RÅ 1989 ref. 80, RÅ 1991 ref. 49, RÅ 2002 not. 11 och RÅ 2003 not. 166.

¹⁵ RÅ 1996 ref. 20, jfr dock RÅ 2003 ref. 82 I-II.

¹⁶ RÅ 1994 not. 1 (plenum).

¹⁷ von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.*, kommentaren till 37 c § FPL.

4. EU-RÄTTSLIG KONTEXT

4.1 Inledning

Enligt artikel 4.3 FEU¹⁸ ska medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter fullgörs. Enligt artikel 288 FEUF¹⁹ är ett EU-direktiv bindande avseende det resultat som ska uppnås. Däremot ankommer det på de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

Trots utgångspunkten att medlemsstaterna själva råder över hur EU-rätten ska få genomslag i nationell rätt, bär medlemsstaterna ansvaret för att i varje enskilt fall säkerställa att den nationella lagstiftningen garanterar den enskilde effektiva möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU-rätten.²⁰ Detta framgår bland annat av artikel 19.1 FEU, som uttryckligen ålägger medlemsstaterna att tillhandahålla de rättsmedel som behövs för att säkerställa ett sådant effektivt skydd.²¹ På upphandlingsrättens område har härutöver införts ett särskilt rättsmedelsdirektiv för att ytterligare stärka den enskildes rätt till effektiva rättsmedel avseende offentlig upphandling.²² Att ett sådant direktiv införts begränsar naturligtvis medlemsstatens autonomi på detta område ytterligare.

4.2 Principerna om likvärdighet och effektivitet

I EU-domstolens praxis har två grundläggande krav vad avser den nivå på rättsmedel som medlemsstaten är skyldig att tillhandahålla: likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen.²³ Likvärdighetsprincipen innebär i korthet att de nationella reglerna för prövning av en överträdelse av unionsrätten inte får vara mindre gynnsamma än de som gäller för motsvarande överträdelse av en rättighet som har sin grund i den nationella rätten. Effektivitetsprincipen innebär å sin sida att de nationella reglerna, eller bristen på sådana, inte får medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten.²⁴ Bedömningen av huruvida den nationella rätts-

¹⁸ Fördraget om Europeiska unionen.

¹⁹ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

²⁰ C-268/06, *Impact*, p. 48–51 och däri angiven praxis. Jfr C-363/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 7, som anger att varje medlemsstat ska, inom ramen för sin nationella rättsordning, vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att unionsrätten får full verkan i enlighet med det syfte som eftersträvas.

²¹ Jfr artikel 47.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

²² Se Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

²³ C-33/76, *Rewe*, p. 5–6.

²⁴ Se även C-445/06, *Danske Slagterier*, p. 31, och C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, p. 48.

ordningen uppfyller dessa principer måste göras med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet.²⁵

EU-domstolen har konstaterat att unionsrätten inte utgör något hinder för en nationell processuell regel, såsom en tidsfrist, under förutsättning att denna inte är mindre förmånlig när talan grundas på gemenskapsrätten än när talan grundas på nationell rätt.²⁶ Med det sagt, har EU-domstolen även angett, utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, att om den enskilde svårligen kan tillvarata sina rättigheter enligt EU-lagstiftningen och detta beror på myndighetens försummelse, kan tillämpningen av processuella regler vara oförenliga med effektivitetsprincipen.²⁷ Detta även om domstolen under normala omständigheter skulle bedöma att reglerna som sådana, exempelvis tidsfrister, är skäliga och förenliga med effektivitetsprincipen.²⁸

I exempelvis *Emmott* fann EU-domstolen att myndigheten, genom sitt vilseledande agerande, hade hindrat den enskilde att utöva dennes rättigheter i domstol och att dennes begäran avseende den försuttna tiden därför skulle tas upp till prövning.²⁹

Levez illustrerar ytterligare ett exempel på när processuella regler inte ansetts förenliga med unionsrätten på grund av motpartens agerande i det enskilda fallet. I målet hade en arbetsgivare lämnat vilseledande uppgifter till en anställd som väckt talan med anledning av lönediskriminering. På grund av att arbetsgivaren uppgav felaktiga löneuppgifter till arbetstagaren, missade arbetstagaren att väcka talan inom den lagstadgade tidsfristen. EU-domstolen bedömde, trots att fristen i och för sig varit skälig, att en tillämpning av tidsfristen i det enskilda fallet inte var förenlig med unionsrätten eftersom det var arbetsgivaren som orsakat förseningen.³⁰

4.3 Något om en direktivkonform tolkning

De ovannämnda skyldigheterna enligt artikel 4.3 FEU och artikel 288 FEUF, att åstadkomma ett resultat som ska uppnås enligt ett direktiv, åligger även de nationella domstolarna.³¹ Genom att utsträcka denna skyldighet till de nationella domstolarna blir resultatet att en domstol ska vidta alla lämpliga åtgärder inom ramen för sin behörighet, för att uppnå de resultat som föreskrivs av ett direktiv. Principen innebär att nationella domstolar är förpliktade att tolka den

²⁵ C-208/90, *Emmot*, C-231/96, *Edis*, och C-326/96, *Levez*.

²⁶ C-78/88, *Preston m.fl.* p. 35, och C-231/96, *Edis*, p. 39.

²⁷ C-231/96, *Edis*, p. 48, C-452/09, *Iaia m.fl.*, p. 21 och däri angiven praxis.

²⁸ Jans, J.H., Prechal, S. & Widdershoven, R.J.D.M., *Europeanisation of Public Law*, 2nd edition, 2015, s. 49.

²⁹ C-208/90, *Emmot*. Se även Jans, J.H., Prechal, S. & Widdershoven, R.J.D.M., *Europeanisation of Public Law*, s. 386 f.

³⁰ C-326/96, *Levez*, p. 34.

³¹ C-14/83, *von Colson*, p. 26, och C-79/83, *Harz mot Deutsche Tradax*.

nationella rätten i ljuset av unionsrätten för att säkerställa att medlemsstaterna fullgör de skyldigheter som följer av unionens rättsakter.³²

Som nämnts ovan föreskrivs i rättsmedelsdirektivet för upphandlingsområdet krav på detaljerade nationella regler om exempelvis avtalsspärr, interimistiska beslut, ogiltighet av avtal, alternativa sanktioner m.m.³³ Trots rättsmedelsdirektivet finns det alltså många frågor som har överlämnats åt den nationella rättsordningen att reglera – i själva verket är majoriteten av de svenska bestämmelser och rättsgrundsatser som tillämpas i mål enligt LOU rent inhemska.³⁴ Syftet med rättsmedelsdirektivet är att säkerställa en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven och direktivet kom till just för att unionslagstiftaren kunnat konstatera att de rättsmedel som tillhandahålls av medlemsstaterna ofta var otillräckliga.³⁵ Det framgår av artikel 1.1 att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning. För att säkerställa ett effektivt rättsligt skydd för de berörda anbudsgivarna, exempelvis genom att ansöka om överprövning av ett tilldelningsbeslut i en upphandling, ålägger artikel 2c rättsmedelsdirektivet medlemsstaterna att införa en minimiperiod under vilken avtal inte får tecknas.³⁶ Enligt rättsmedelsdirektivet är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa ett effektivt rättsligt skydd för anbudsgivare, bland annat genom att tillförsäkra anbudsgivarna en möjlighet att ansöka om överprövning av ett tilldelningsbeslut. Därför finns det, enligt vår mening, särskild anledning för en nationell domstol att tillse att rättsmedlen kan användas på ett effektivt sätt i det enskilda fallet.

4.4 Unionsrättsligt perspektiv på Prövningsmålet

Enligt vår uppfattning innehåller det resonemang som EU-domstolen använder i exempelvis *Emmot* och *Levez* motsvarande överväganden som det resonemang

³² Se vidare Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2016:2, *Direkt effekt och direktivkonform tolkning – om rättsläget i avvaktan på den svenska införlivningen av 2014 års upphandlingsdirektiv*, s. 19 f.

³³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

³⁴ Asplund, A., Ehn, M., Johansson, D. & Olsson, E., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure, 2012, s. 34 f. Se även C-363/85, p. 7, som anger att implementering av ett direktiv inte nödvändigtvis kräver att alla bestämmelser uttrycks i den specifika lagstiftningen, utan direktivet kan anses vara fullt implementerad utifrån en allmänt rättsligt kontext.

³⁵ Se skäl 3 och 4 i rättsmedelsdirektivet.

³⁶ Se även skäl 1 och 4 i rättsmedelsdirektivet.

som ligger till grund för den svenska bestämmelsen om återställande av försutten tid vid felaktig myndighetsinformation (dvs. att förseningen berott på myndigheten).³⁷ Det kan således konstateras att unionsrätten inte är främmande för den typen av resonemang. Med det sagt, är vi inte redo att gå så långt som att påstå att det tydligt framgår av avgörandena att det finns en strikt skyldighet för en svensk förvaltningsdomstol att genom en direktivkonform tolkning av rättsmedelsdirektivet tillse att klaganden får sin talan prövad i Prövningsmålet.

När fråga är om en situation där en frist, på grund av myndighetens felaktiga information, skulle ha återställts enligt svensk rätt, anser vi emellertid att man inte kan bortse ifrån att motsvarande effektivitetsresonemang förts av EU-domstolen. Enligt vår mening finns det, till följd av denna praxis, särskilda skäl att tillämpa svensk rätt på ett sätt som säkerställer att en prövning enligt rättsmedelsdirektivet ger samma utfall som motsvarande prövning enligt svensk rätt. Detta gäller, enligt likvärdighetsprincipen, även i frågor som avser missade frister på grund av myndighetens agerande. Om inte annat vore en sådan tillämpning i linje med det allmänna effektivitetsresonemang som förs i ovan nämnda avgöranden från EU-domstolen.

5. HUR BÖR DEN UPPKOMNA SITUATIONEN HANTERAS?

Först och främst är det vår bedömning att tiodagarsfristen enligt nuvarande LOU är av sådant slag att den enligt 37 c § FPL går att återställa, eftersom fristen numer innebär en strikt tidsfrist för leverantören att ansöka om överprövning. Vi menar att detta inte endast går att förena med RÅ 2007 not. 31 och RÅ 2010 not. 74, utan de facto följer *e contrario* av dessa avgöranden. Eftersom den dåvarande klagofristen inte hade någon absolut utformning kunde fristen, i teorin, vara evig. I dag är klagofristen däremot av en helt annan karaktär och att likställa med en sedvanlig överklagandefrist, likt vad Högsta förvaltningsdomstolen funnit vara fallet för rättsprövningar och omprövningar av taxeringsbeslut.

Enligt vår bedömning och som kammarrätten anför i sin dom, borde Myndigheten ha meddelat ett nytt tilldelningsbeslut i samband med informationen om den förlängda av avtalsspärren enligt 20 kap. 11 § LOU och rätteligen meddelat samtliga anbudsgivare om förlängningen. Vi bedömer därför, trots att vi anser att tidsfristen för ansökan om överprövning är av den beskaffenhet som kan återställas, att kammarrättens beslut om hur överprövningsfrister kan förlängas i och för sig varit korrekt.

³⁷ C-208/90, *Emmot* och C-326/96, *Levez*.

I Prövningsmålet hade Myndigheten uppgett att den aktuella avtalsspärren förlängdes och att Bolaget därmed hade ytterligare tid på sig att ansöka om överprövning. Orsaken till att Bolagets ansökan inkom för sent var Myndighetens (felaktiga) information om överklagandefristen. Att Bolaget inkom för sent berodde alltså på Myndighetens agerande.

Såsom framgår ovan innebär dock en sådan slutsats att Myndigheten, genom den felaktiga informationen, har fråntagit Bolaget dess unionsrättsliga rättighet att ansöka om överprövning. Utifrån de unionsrättsliga principerna om likvärdighet och effektivitet leder detta till ett oacceptabelt resultat, eftersom Bolaget hade getts en möjlighet att tillvarata sina rättigheter i motsvarande situation utanför en EU-rättslig kontext.³⁸

Inom den svenska förvaltningsrätten finns möjligheten att återställa (vissa) frister. Att en enskild fråntas dessa möjligheter vid tillämpning av lagstiftning som bygger på ett EU-direktiv är enligt vår bedömning inte förenligt med principen om likvärdighet. Detta talar särskilt för att domstolen har en skyldighet att tolka nuvarande bestämmelser om avtalsspärr på ett sätt som medger att en avtalsspärr kan återställas.

Genom att tillämpa möjligheten till återställande av försutten tid enligt 37 c § FPL skulle principen om likvärdighet tillgodoses. En sådan slutsats leder även till att principen om effektivitet upprätthålls, eftersom den enskilde får möjlighet att utöva sina unionsrättsliga rättigheter på ett sätt som åtminstone ligger i linje med EU-domstolens praxis i exempelvis *Emmott* och *Levez*.³⁹ Återställande har även fördelen att domstolen kan upprätthålla en förhållandevis strikt, och enligt vår mening korrekt, syn på hur avtalsspärren formellt får förlängas, utan att detta går ut över den enskilde i det enskilda fallet.

Det kan dock konstateras att Bolaget inte yrkat återställande av försutten tid, i vart fall inte i underinstanserna.⁴⁰ Samtidigt framgår det av 29 § FPL att rätten får gå utöver vad som yrkas i målet och besluta till det bättre för enskild (*reformatio in melius*), om det föreligger särskilda skäl. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2012 ref. 36 uttalat att:

”[a]v förarbetena till [29 § FPL] framgår att möjligheten att gå utöver yrkandet är tänkt som en garanti för den enskildes rättsskydd. Vad som åsyftas är fall då rätten finner det uppenbart att den enskilde blivit för strängt bedömd i den underliggande instansen.

/.../

Som utgångspunkt sätter alltså yrkandena från parterna den yttre ramen för domstolens prövning, men förvaltningsprocesslagen medger att domstolarna undantagsvis går utanför processramen för att på så vis uppnå ett materiellt sett riktigt resultat.

³⁸ Jfr exempelvis Högsta förvaltningsdomstolens praxis avseende taxeringsbeslut, RÅ 2002 ref. 66.

³⁹ C-208/90, *Emmot* och C-326/96, *Levez*.

⁴⁰ Enligt kammarrättens redogörelse av Bolagets yrkanden.

En grundläggande förutsättning för att överväga ett sådant undantag är således att det är uppenbart vad som är det materiellt riktiga resultatet”.

Utan att ge oss in i en bedömning av sakomständigheterna i Prövningsmålet, särskilt som vi inte tagit del av varken skriftväxlingen eller utredningen i sin helhet, torde kunna konstateras att ovan redovisade unionsrättsliga effektivitets- och likvärdighetshänsyn kan göra det särskilt angeläget att domstolen utforskar alla till buds stående medel för att möjliggöra att Bolaget kan tillvarata sina rättigheter enligt rättsmedelsdirektivet. Det framstår även, mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens praxis kring tidigare upphandlingsfrister och kammarrättens uttalande om att dessa även gäller på nuvarande LOU, som förstäeligt ifall Bolaget hittills har avstått från ett yrkande om återställande av försutten tid. Det kan slutligen konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen, åtminstone i RÅ 2010 not. 74, varit förhållandevis generös vad avser hur precist ett yrkande om återställande måste vara för att kunna prövas av domstolen.

Det är med stort intresse som vi inväntar Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i frågan om Myndigheten kan förlänga en avtalsspärr efter det att en underrättelse enligt 12 kap. 12 § 1 st. LOU har skickats ut. Om Högsta förvaltningsdomstolen kommer fram till att avtalsspärren inte går att förlänga eller att den inte går att förlänga på det sätt som skett i Prövningsmålet, blir det ännu mer intressant att se om domstolen besvarar frågan om Bolaget i sådana fall ges en sämre möjlighet att tillvarata sina rättigheter enligt LOU, jämfört med vad som är fallet för motsvarande situation enligt nationell förvaltningsrätt.