

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt
103 33 Stockholm

Promemoria om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Fi2015/04884/UR

Sammanfattning

På grund av den rådande flyktingsituationen i Sverige anser Konkurrensverket att det är mycket angeläget att Migrationsverket och andra upphandlande myndigheter effektivt genomför nödvändiga upphandlingar för att hantera mottagandet av asylsökande, och att upphandlingslagstiftningen och dess tillämpning inte hindrar detta. Det är enligt Konkurrensverket viktigt att problemen med stoppade direktupphandlingar kan avhjälpas utan att det behöver inväntas att ny lagstiftning hinner träda ikraft.

Konkurrensverket bedömer att de problem som tas upp i promemorian bör kunna lösas på följande sätt.

- **I första hand** genom att upphandlande myndigheter utnyttjar möjligheten att genomföra direktupphandlingar effektivare och inte efter tilldelningsbeslut avvaktar med att ingå avtal
- **I andra hand** genom en korrekt tillämpning av nu gällande regler om interimistiska beslut, där det vid skadeavvägningen bland annat måste beaktas att leverantörers rätt till överprövning *inte utsläcks* om den upphandlande myndigheten ingår avtal i en direktupphandling
- **I tredje hand** genom ett förtydligande i bestämmelsen om interimistiskt beslut att avtal inte får ingås som begränsas till att avse upphandlingar utan föregående annonsering

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Direktupphandlingarna behöver inte stoppas i domstolsprocesser

Migrationsverkets direktupphandlingar

Migrationsverket genomför sedan en tid tillbaka direktupphandlingar av tillfälliga asylboenden. Direktupphandlingarna konkurrensutsätts genom att de annonseras på myndighetens hemsida. Såvitt Konkurrensverket känner till gör Migrationsverket dessa direktupphandlingar med stöd av bestämmelsen om synnerlig brådska i 4 kap. 5 § första stycket 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och/eller bestämmelsen om synnerliga skäl i 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Konkurrensverket ifrågasätter inte att Migrationsverket har rätt att under rådande förhållanden direktupphandla nödvändiga boenden m.m. på grund av synnerlig brådska alternativt synnerliga skäl.

I promemorian har det angetts (s. 7) att anledningen till att ett stort antal direktupphandlade platser för tillfälliga asylboenden inte kan nyttjas är att domstolar har förordnat att upphandlingarna inte får avslutas i avvaktan på den rättsliga prövningen. Att Migrationsverkets direktupphandlingar inte har kunnat slutföras beror emellertid inte endast på förvaltningsrättens beslut i dessa mål.

Vid vilken tidpunkt avtal ingås i en direktupphandling får betydelse för överprövningsprocessen

När en upphandlande myndighet genomför en direktupphandling eller annan icke-annonserad upphandling, behöver myndigheten enligt 16 kap. 2 § LOU inte iaktta någon avtalsspärr. Myndigheten kan då ingå avtal omedelbart när den bestämmer sig för vilken eller vilka leverantörer som ska direkttilldelas kontraktet. Migrationsverket har, åtminstone tidigare, inte slutit avtal med vinnande anbudsgivare direkt när kontrakt tilldelas. Avtal har istället slutits först efter godkänd besiktning av respektive boende. Detta har medfört att leverantörer som inte har tilldelats kontrakt i den aktuella direktupphandlingen har haft möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU hos förvaltningsrätten under den tid som går mellan att tilldelningsbeslut meddelats och avtalet sluts. En sådan överprövning av upphandling enligt 16 kap. 6 § LOU är inte begränsad till frågan om själva icke-annonseringen varit tillåten eller inte, utan kan avse vilka påstådda fel som helst i direktupphandlingen.

Om en upphandlande myndighet istället ingår avtal med leverantörer innan eller samtidigt som underrättelse om tilldelningsbeslut skickas ut, och därefter genomför nödvändiga kontroller innan leverans enligt avtalet börjar ske (och har klausuler i avtalen om rätt till hävning om kontrollen leder till ett underkännande av det som ska levereras), kan domstolarna enligt 16 kap. 6 § andra stycket LOU inte pröva eventuella ansökningar om överprövning av upphandling. Detta skulle medföra att några interimistiska beslut enligt 16 kap. 9 § LOU – att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal – inte kan meddelas av förvaltningsrätten.

Leverantörers rätt till överprövning utsläcks visserligen inte i och med att avtal ingås i en icke-annonserad upphandling, men det rättsmedel som återstår är den mer begränsade överprövningen av avtals giltighet enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Rättens beslut vid ett eventuellt bifall till en sådan ansökan är att avtalet förklaras ogiltigt. Utifrån ordaydelsen i 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU – jämförd med hur bestämmelserna är utformade i 13 § första stycket 2, andra stycket samt 6 § första stycket samma kapitel – är den prövning som domstolarna gör i sådana mål om ogiltighet av avtal begränsad till frågan om själva icke-annonseringen har varit tillåten eller inte. Det går alltså inte att i sådana ogiltighetsmål få prövat om den upphandlande myndigheten har gjort några andra fel i upphandlingen.¹

I denna måltyp hade sannolikt skadeavvägningen vid beslut enligt 16 kap. 16 § LOU – om det framstår som antagligt att myndigheten haft rätt att sluta avtal utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska – inte medfört att fullgörelsen av ingångna avtal interimistiskt stoppas av domstolarna.² De ingångna avtalen hade i sådant fall kunnat tillämpas trots pågående överprövningsprocess.

Konkurrensverket har uppmärksammat att ett par ansökningar om överprövning av upphandling enligt 16 kap. 6 § LOU på senare tid har avvisats av förvaltningsrätten, på grund av att Migrationsverket slutit avtal samma dag som tilldelningsbeslut meddelats (se Förvaltningsrätten i Linköpings beslut den 14 oktober 2015 i mål nr 6475-15 och den 29 oktober 2015 i mål nr 6807-15). Möjligen har alltså de stora problem med stoppade direktupphandlingar som Migrationsverket har ställts inför, redan nu börjat minska genom en hantering av dessa upphandlingar i enlighet med vad som angetts ovan.

Konkurrensverkets tolkning av gällande regler om interimistiska beslut

Inledning

Enligt Konkurrensverket borde den skadeavvägning som förslaget i promemorian avser att införa göras redan idag, med tillämpning av befintliga regler om interimistiska beslut, när brådska upphandlingar utan föregående annonsering blir föremål för överprövning enligt såväl 16 kap. 6 § som enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Såvitt Konkurrensverket känner till finns det ännu inga avgöranden från överrätt med några vägledande uttalanden om interimistiska

¹ Att det är så 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU ska läsas bekräftas i förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:180 s. 360) och av bland annat Kammarrätten i Stockholms dom den 26 oktober 2015 i mål nr 6695-15.

² Eventuella avtalstvister som kan uppkomma om den upphandlande myndigheten i vissa fall skulle behöva häva avtal på grund av att de krav som ställts inte uppfylls av leverantören, kan många gånger inte antas medföra större olägenheter än de problem som stoppade direktupphandlingar kan innebära.

beslut enligt 16 kap. 9 § LOU vid överprövningar av icke-annonserade upphandlingar, vare sig avseende Migrationsverkets upphandlingar av asylboenden eller i några andra fall. Konkurrensverket anser att det är angeläget med ett vägledande avgörande i denna fråga. I det följande redovisas Konkurrensverkets tolkning av bestämmelserna om interimistiska beslut.

Beslut att avtal inte får ingås i en annonserad upphandling

Vid interimistiska beslut enligt 16 kap. 9 § LOU att avtal inte får ingås, är tröskeln enligt Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis låg för att meddela sådana beslut vid överprövningar av *annonserade* upphandlingar (RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17). Det är alltså normalt ganska lätt för en leverantör att få ett sådant beslut utfärdat av den domstol som en ansökan om överprövning lämnas in till. Anledningen till detta är att leverantörens rätt till överprövning utsläcks om avtal ingås. De motstående intressen som ska värderas vid bedömningen av om ett interimistiskt beslut ska meddelas, är alltså leverantörens rätt till domstolsprövning gentemot intresset av att upphandlingen snabbt kan avslutas. Detta gäller när annonserade upphandlingar blir överprövade.

Beslut att avtal inte får fullgöras

Interimistiska beslut enligt 16 kap. 16 § LOU att ett ingånget avtal inte får fullgöras kan beslutas i mål om överprövning av avtals giltighet. Konkurrensverket tolkar avgörandet i HFD 2014 ref. 13 så att tröskeln för att meddela beslut att avtal inte får fullgöras är högre än för beslut att avtal inte får ingås i annonserade upphandlingar. Domstolen ska göra en bedömning av det sannolika utfallet i ogiltighetsmålet och beakta vilken betydelse ett förbud mot att fullgöra avtalet har för enskilda och allmänna intressen. Att tröskeln är högre än för beslut att avtal inte får ingås i annonserade upphandlingar, beror bland annat på att ett avslag på ett yrkande om ett interimistiskt beslut inte leder till att leverantören fräntas sin möjlighet att få giltigheten av avtalet överprövat i domstol. I HFD 2014 ref. 13 förklarar också Högsta förvaltningsdomstolen att möjligheten till överprövning inte upphör i ett ogiltighetsmål endast för att rätten avslår ett yrkande enligt 16 kap. 16 § LOU, och att det alltså i dessa fall är fråga om en annan situation än den som motiverade avgörandet i RÅ 2003 ref. 64. Högsta förvaltningsdomstolen slår också fast i HFD 2014 ref. 13 att såväl *enskilda* som *allmänna* intressen ska beaktas vid bedömningen av om ett förbud mot att fullgöra ett ingånget avtal ska meddelas.

Beslut att avtal inte får ingås i en upphandling utan föregående annonsering

När det är fråga om icke-annonserade upphandlingar där avtal ännu inte har ingåtts, gäller i och för sig regeln om interimistiska beslut i 16 kap. 9 § LOU, det vill säga den bestämmelse som tillämpades i RÅ 2003 ref. 64. Däremot påminner situationen i fråga om skadeavvägningen mer om den i HFD 2014 ref. 13. Vid direktupphandlingar eller andra icke-annonserade upphandlingar kan leverantörer även ansöka om överprövning av avtals giltighet när dessa har ingåtts. Med andra ord leder ett avslag på ett yrkande om interimistiskt beslut i en direktupp-

handling, inte till att leverantörens rätt till överprövning utsläcks. Detta måste beaktas vid den skadeavvägning som domstolen har att göra.

Avvägningen mellan de enskilda och allmänna intressen som ska göras vid en prövning enligt 16 kap. 9 § LOU, får vidare enligt Konkurrensverket inte leda till att syftet med reglerna om synnerlig brådska och synnerliga skäl i samma lag urholkas eller förfelas. Behovet av att snabbt kunna slutföra upphandlingen är naturligtvis extra starkt när det är fråga om en direktupphandling som får genomföras på grund av synnerlig brådska, vilket enligt Konkurrensverket ska påverka skadeavvägningen.³

I ogiltighetsmål enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU är prövningen begränsad till frågan om det var tillåtet att underlåta att annonsera upphandlingen. Leverantörer kan därför ha ett intresse av att få till stånd en överprövning av upphandling enligt 16 kap. 6 § första stycket, som kan omfatta fler frågor, hellre än en prövning enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Mot bakgrund av syftet med bestämmelserna om direktupphandling och annan upphandling utan föregående annonsering samt med beaktande av att sökanden inte behöver bevisa att denne riskerar att lida skada för att kunna få ett avtal ogiltigförklarat enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU, anser Konkurrensverket att skillnaden i prövningens omfattning inte bör påverka skadeavvägningen enligt 16 kap. 9 § till förmån för sökande leverantör när en icke-annonserad upphandling överprövas.

Det finns ett kammarrättsavgörande i en fråga som påminner om situationen vid beslut enligt 16 kap. 9 § när en icke-annonserad upphandling överprövas. Kammarrätten i Göteborg har i en dom den 5 december 2014 i mål nr 6143-14 avslagit ett yrkande att avtal inte får ingås vid en förnyad konkurrensutsättning i ett ramavtal där den upphandlande myndigheten ännu inte hade meddelat något tilldelningsbeslut. Kammarrättens beslut föranleddes bland annat av att ett ingånget avtal inte skulle medföra att leverantörens rätt till överprövning upphör, eftersom det enligt 16 kap. 13 § första stycket 2 LOU finns en möjlighet att i sådana fall ansöka om överprövning av avtalets giltighet. I den uppkomna situationen ansåg kammarrätten att det fanns skäl att göra en bedömning av sannolikheten för ett slutligt bifall till ansökan om överprövning och en skadeavvägning på motsvarande sätt som vid en prövning enligt 28 § förvaltningsprocesslagen. Kammarrätten hänvisade i sin bedömning till HFD 2014 ref. 13.

³ Detta synsätt är också i linje med uttalanden i det åttonde skälet till ändringsdirektivet (2007/66/EG). Av det åttonde skälet följer att reglerna om avtalsspärr inte är avsedda att tillämpas om det är tillåtet att genomföra en upphandling utan föregående annonsering, och detta gäller enligt unionslagstiftaren *särskilt i fall av synnerlig brådska*. I dessa fall är det enligt unionslagstiftaren tillräckligt att det finns effektiva möjligheter till överprövning av avtals giltighet.



I likhet med vad som gällde vid den förnyade konkurrensutsättningen i ovanstående mål i Kammarrätten i Göteborg, leder ett ingånget avtal i en direktupphandling alltså inte till att leverantörers rätt till överprövning utsläcks.

Enligt Konkurrensverket ligger det vidare i sakens natur att domstolarna vid prövningen av interimistiska yrkanden har att beakta såväl de enskilda som allmänna intressen som aktualiseras i målet. Att allmänintresset ska beaktas vid skadeavvägningen anges uttryckligen i artikel 2.5 första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG). Allmänintresset ska likaså enligt HFD 2014 ref. 13 beaktas i skadeavvägningen vid interimistiska beslut enligt 16 kap. 16 § LOU. Detsamma gäller enligt det ovan nämnda avgörandet från Kammarrätten i Göteborg vid interimistiska beslut enligt 16 kap. 9 § LOU i den situation som var aktuell i målet. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att allmänintresset även utan den föreslagna ändringen får anses omfattas av nu gällande bestämmelser. Om den föreslagna ändringen genomförs, bör det därför tydliggöras att det är fråga om ett förtydligande, inte en materiell förändring. Konkurrensverket anser vidare att användarnas intresse ryms inom begreppet allmänintresset.

Konkurrensverkets slutsats i fråga om beslut att avtal inte får ingås i en upphandling utan föregående annonsering

Ovanstående leder Konkurrensverket till den sammanfattande slutsatsen att skadeavvägningen vid interimistiska beslut enligt 16 kap. 9 § LOU att avtal inte får ingås i en upphandling utan föregående annonsering, bör ske på ett sätt som motsvarar skadeavvägningen i HFD 2014 ref. 13.⁴ Den skadeavvägning som förslaget i promemorian avser att införa, kan därför enligt Konkurrensverket göras med tillämpning av nu gällande 16 kap. 9 § LOU i de situationer där problem har uppstått med stoppade direktupphandlingar.

Förslaget att införa ett nytt tredje stycke i bestämmelserna om interimistiska beslut

Konkurrensverkets inställning till lagförslaget

Konkurrensverket avstyrker förslaget i promemorian – som det nu är utformat – att införa ett nytt tredje stycke i bestämmelserna om interimistiska beslut i mål om överprövning i nuvarande och föreslagna upphandlingslagar. Ett förtydligande i lagtexten bör enligt Konkurrensverket endast avse interimistiska beslut att *avtal inte får ingås* enligt 16 kap. 9 § i respektive lag när en upphandling *utan föregående annonsering* blir föremål för *överprövning av upphandling* enligt 16 kap. 6 §.

När det gäller promemorians förslag om ett nytt tredje stycke i bestämmelsen om interimistiska beslut att ett ingånget avtal *inte får fullgöras* enligt 16 kap. 16 § LOU,

⁴ Konkurrensverkets tolkning är också i linje med Upphandlingsmyndighetens slutsats i denna fråga (se s. 24-25 i Upphandlingsmyndighetens vägledning *Tillämpning av LOU med anledning av flyktingsituationen*).

finns det enligt Konkurrensverket inget behov av det föreslagna förtydligandet, eftersom det står klart att den önskade skadeavvägningen redan ska göras enligt HFD 2014 ref. 13.

Förslaget kan få negativa konsekvenser för överprövningsprocessen

Som förslaget är utformat riskerar det enligt Konkurrensverket att få negativa konsekvenser i mål om överprövning av upphandling enligt 16 kap. 6 § LOU och övriga lagar, i andra situationer än dem som promemorian tar sikte på. Dessa konsekvenser är enligt Konkurrensverket svåra att överblicka inom ramen för den nu remitterade promemorian.

Om det föreslagna tillägget införs i bestämmelserna om interimistiska beslut, utan begränsning till icke-annonserade upphandlingar, kan det inte uteslutas att det blir avsevärt svårare för leverantörer att i kammarrätterna och i Högsta förvaltningsdomstolen få interimistiska beslut utverkade att avtal inte får ingås, också i alla de fall där behovet av att kunna ingå avtal snabbt inte är lika framträdande som vid Migrationsverkets direktupphandlingar av asylboenden eller andra lika brådskande icke-annonserade upphandlingar.

En stor andel av alla annonserade upphandlingar som blir föremål för överprövning i domstolarna, rör anskaffningsbehov som är viktiga för allmänna intressen, inbegripet användarnas intressen. Exempel på detta är upphandlingar av olika varor och tjänster avsedda för hälso- och sjukvården, äldreomsorg, skola, kollektivtrafik etc. Om användarnas intressen ska få ett större genomslag generellt vid prövningen av interimistiska yrkanden även vid annonserade upphandlingar, skulle detta kunna leda till att sådana yrkanden endast i ett fåtal undantagsfall leder till att domstolarna beslutar att avtal inte får ingås.

Möjligheten för överinstanserna att pröva upphandlingsmål riskerar med de föreslagna ändringarna att minska avsevärt så snart det är fråga om anskaffningsbehov som utifrån allmänintresset inte är försumbara, eftersom målen skulle få skrivas av eller talan avvisas på grund av att avtal tecknats i upphandlingen innan någon prövning i sak hinner ske. Sådana betydande begränsningar av den praktiska möjligheten till överprövning i flera instanser skulle bland annat inverka negativt på prejudikatbildningen på upphandlingsområdet och påtagligt försämra kammarrätternas kontroll av förvaltningsrätternas rättstillämpning.

Dessutom ligger skadeavvägningen vid interimistiska beslut till grund för den bedömning som ska göras när domstolarna prövar om en förlängd avtalsspärr ska upphävas enligt 16 kap. 8 § andra stycket LOU (prop. 2009/10:180 s. 124-125 och 355) och vid beslut att en tiodagarsfrist inte ska gälla enligt 16 kap. 10 § fjärde stycket (prop. 2009/10:180 s. 126-127 och 357). Promemorians förslag att göra tillägg avseende skadeavvägningen i bestämmelserna om interimistiska beslut, skapar oklarhet om vad som gäller för bedömningarna vid beslut att upphäva en förlängd avtalsspärr och beslut att en tiodagarsfrist inte ska gälla.



Promemorian och Överprövningsutredningen

Konkurrensverket anser att förslaget i promemorian har beröringspunkter med Överprövningsutredningens överväganden i frågan om reglerna om förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätten ska förändras (SOU 2015:12 s. 123-132). Både promemorian och Överprövningsutredningen berör frågan i vilken utsträckning upphandlande myndigheter ska kunna ingå avtal i upphandlingar trots att det pågår en överprövningsprocess.

Även en annan fråga som har behandlats i Överprövningsutredningen, om möjligheten att genomföra upphandlingar utan föregående annonsering med stöd av bestämmelserna om synnerlig brådska på grund av att en annonserad upphandling har stoppats i en överprövningsprocess (SOU 2015:12 s. 161-169), har vissa beröringspunkter med förslaget i promemorian. En ökad möjlighet till icke-annonserad upphandling under pågående överprövningsprocess för att täcka de allra nödvändigaste behoven, kan nämligen på ett mer välavvägt sätt avhjälpa vissa problem med stoppade annonserade upphandlingar jämfört med promemorians förslag att avtal ska få ingås i den ordinarie upphandlingen och därmed avskära möjligheten till överprövning. Överprövningsutredningens förslag torde vara en proportionerlig lösning där den upphandlande myndighetens behov av att kunna säkerställa leverans av nödvändiga varor och tjänster under en pågående överprövningsprocess är stort.

Konkurrensverkets slutsatser

Ovanstående visar enligt Konkurrensverket att det är problematiskt att göra generella förändringar i reglerna om interimistiska beslut, i syfte att avhjälpa problem som endast har uppstått vid överprövningar enligt 16 kap. 6 § LOU av vissa icke-annonserade upphandlingar som får genomföras på grund av synnerlig brådska eller synnerliga skäl. Innan en så pass betydande förändring övervägs bör i vart fall dess konsekvenser analyseras mer noggrant än vad som varit möjligt inom ramen för promemorian.

Det framstår därför enligt Konkurrensverket som riskabelt och onödigt långtgående att, för att avhjälpa de problem som anges i promemorian, genomföra lagändringar som riskerar att leda till betydande principiella och praktiska förändringar i överprövningsprocessen i allmänhet.

Även om de problem som finns eller har funnits med stoppade direktupphandlingar skulle kunna minska med förtydliganden i lagtexten, är den tid det kan förväntas ta att få lagändringar ikraft avsevärd i förhållande till de just nu mycket omfattande och brådskande behov av direktupphandlingar som föreligger med anledning av det stora antalet asylsökande i Sverige. Det är därför bättre och effektivare om problemen med Migrationsverkets stoppade direktupphandlingar avhjälpas utan att det behöver inväntas att ny lagstiftning ska hinna träda ikraft. Detta kan, som Konkurrensverket har utvecklat tidigare, *i första hand* ske genom att Migrationsverket och andra upphandlande myndigheter genomför direktupp-

handlingar effektivare och inte efter tilldelningsbeslut avvaktar med att ingå avtal, och *i andra hand* genom att domstolarna tillämpar gällande regler om interimistiska beslut i den situation som nu är aktuell på ett korrekt sätt.

Konkurrensverkets förslag till alternativ lagändring

Om regeringen bedömer att det är fördelaktigt att införa förtydliganden i reglerna om interimistiska beslut, anser Konkurrensverket att det endast bör avse interimistiska beslut att *avtal inte får ingås* enligt 16 kap. 9 § i respektive lag när en upphandling *utan föregående annonsering* blir föremål för *överprövning av upphandling* enligt 16 kap. 6 §. En sådan lösning gör att de svåröverblickbara negativa konsekvenserna för överprövningsprocessen i allmänhet, i situationer som inte enligt promemorian är avsedda att förändras, kan undvikas. En sådan regel kan placeras i ett nytt tredje stycke i 16 kap. 9 § och skulle kunna ha följande lydelse:

Vid överprövning av en upphandling utan föregående annonsering, ska rätten vid bedömningen ta särskild hänsyn till allmänintresset.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit processrådet Daniel Johansson.

Dan Sjöblom

Daniel Johansson

Detta yttrande publiceras på Konkurrensverket webbplats