

Granskning av frivilliga förhandsinsyner

Konkurrensverkets granskning av annonser om frivillig förhandsinsyn under 2022

ANALYS I KORTHET 2023:8

Konkurrensverket, maj 2023
Foto: Scandinav

Inledning

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet över upphandlingslagstiftningen och ska inom ramen för sitt uppdrag verka för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadsaktörer. I tillsynsarbetet har det noterats brister i annonser om frivilliga förhandsinsyner. Konkurrensverket har därför prioriterat att närmare granska frivilliga förhandsinsyner i syfte att uppmärksamma den faktiska tillämpningen av bestämmelserna om förhandsinsyn i upphandlingslagarna.

Konkurrensverket har löpande granskat de annonser om frivillig förhandsinsyn som har publicerats i registrerade annonsdatabaser under 2022 och i de fall det har funnits skäl har Konkurrensverket inlett en utredning för vidare granskning inom ramen för upphandlingstillsynen. Prioritering har skett enligt Konkurrensverkets gällande prioriteringspolicy.

Vad är en frivillig förhandsinsyn?

En frivillig förhandsinsyn¹ är en annons där en upphandlande myndighet anger att den anser att den har rätt att upphandla ett kontrakt utan föregående annonsering. En frivillig förhandsinsyn kan användas när en upphandlande myndighet tillämpar ett undantag från annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

I en frivillig förhandsinsyn meddelar den upphandlande myndigheten sin avsikt att teckna kontrakt med en specifik leverantör.² Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange skälen till varför det är absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas en viss angiven leverantör. Den upphandlande myndigheten ska även ange vilka faktiska omständigheter som motiverar att undantaget är tillämpligt. Av motiveringen i annonsen ska det klart och otvetydigt framgå vad som ligger till grund för den upphandlande myndighetens bedömning att ett kontrakt kan tilldelas utan upphandling.³ Detta är en förutsättning för att berörda leverantörer ska ges en reell möjlighet att bedöma om en överprövning av myndighetens bedömning bör ske.

En frivillig förhandsinsyn ska publiceras på motsvarande sätt som vanliga upphandlingsannonser, i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik (LUS).⁴ För direktivsstyrda upphandlingar finns en bestämmelse om frivillig förhandsinsyn i 10 kap. 5 § LOU. För upphandlingar under tröskelvärdena (icke-direktivstyrda upphandlingar och tjänster enligt bilaga 2 i LOU) finns motsvarande bestämmelse i 19 a kap. 9 § LOU. Möjligheten till frivillig förhandsinsyn finns även i de andra upphandlingslagarna.⁵ I denna analys kommer Konkurrensverket dock att utgå från bestämmelserna i LOU.

När en upphandlande myndighet publicerar en annons om frivillig förhandsinsyn medför det att leverantörer får möjlighet att ansöka om överprövning innan avtal har slutits. En sådan ansökan måste ges in till domstol inom avtalsspärren, alltså inom tio dagar från det att annonsen publicerats. Efter att avtalsspärren löpt ut kan avtalet inte längre ogiltigförklaras.⁶

Enligt förarbetena ska en frivillig förhandsinsyn till exempel användas när upphandlande myndigheter känner sig osäkra på om rätt bedömning gjorts av omständigheterna i den enskilda upphandlingen.⁷ Genom att meddela sin avsikt att direkttilldela ett kontrakt i en förhandsinsyn undviker myndigheten risken att avtalet senare kan komma att ogiltigförklaras av domstol. Dock har leverantörer fortfarande möjlighet att begära skadestånd i allmän domstol.⁸ Konkurrensverket kan även ansöka om upphandlingsskadeavgift om förutsättningarna för det återopade undantaget inte bedöms vara uppfyllda.

¹ Annonser om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering är det begrepp som används i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

² Vad som ska ingå i en annons om frivillig förhandsinsyn framgår i artikel 3 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

³ Se EU-domstolens avgörande i mål C-19/13 Fastweb, p. 48.

⁴ För information om vilka annonsdatabaser som har beviljats registrering enligt LUS, se [Konkurrensverkets annonsdatabasregister](#).

⁵ Se 10 kap. 6 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 8 kap. 7 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och 8 kap. 4 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

⁶ 20 kap. 3 § LOU.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 142–143.

⁸ 20 kap. 20–21 §§ LOU.

Resultatet av granskningen

Konkurrensverket har inom ramen för granskningen undersökt samtliga annonser om frivillig förhandsinsyn som har publicerats i registrerade annonsdatabaser under 2022. Det rör sig om totalt 259 annonser publicerade av 128 olika upphandlande myndigheter. Det stora flertalet av annonserna kommer från kommuner eller regioner. Den upphandlande myndighet som publicerat flest annonser om frivillig förhandsinsyn, 23 stycken, är dock ett universitetssjukhus.

En generell iakttagelse är att informationen i annonserna ofta varit bristfällig vilket många gånger har gjort det svårt för Konkurrensverket att bedöma vad den upphandlande myndigheten önskar köpa in och varför ett undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt. Det kan noteras att Konkurrensverket kom till samma slutsats i en promemoria från november 2010 när Konkurrensverket granskade de förhandsinsyner som publicerats sedan möjligheten infördes i juli 2010. I promemorian redogörs för de risker som bristfälliga förhandsinsyner medför.⁹

Det undantag som oftast hänvisas till i de granskade annonserna är undantaget för tekniska skäl.¹⁰ I 141 av de granskade annonserna uppges undantaget för tekniska skäl vara anledningen till att det endast finns en möjlig leverantör och att upphandlingen därför inte annonserats. Därefter kommer undantaget gällande ensamrätt¹¹ eller en kombination av de två undantagen.

Vidare har Konkurrensverket noterat att i ett stort antal av annonserna där tekniska skäl åberopas, aktualiseras någon typ av så kallad inläsning. I det här sammanhanget innebär inläsning att redan gjorda investeringar påverkar framtida beslutsalternativ på ett inläsande sätt. Det gäller oftast upphandlingar som avser it eller medicinteknisk utrustning. Vid it-upphandlingar kan det bli problematiskt om upphandlande myndigheter har en nyttjanderätt till ett system och är i behov av servicetjänster eller liknande. Då är det oftast enbart den leverantör som tillhandahåller systemet som har möjlighet att leverera servicetjänsterna.¹²

Under granskningen beslutade Konkurrensverket att inleda en mer ingående utredning av 28 förhandsinsyner där det fanns tydliga indikationer på att det kunde röra sig om otillåtna direktupphandlingar. I en övervägande del av de annonser som prioriterats för utredning hänvisar den upphandlande myndigheten till undantaget för tekniska skäl. Det faktum att informationen i annonserna ofta varit bristfällig har gjort det svårt för Konkurrensverket att bedöma om ett åberopat undantag är tillämpligt. I ett flertal ärenden har den upphandlande myndigheten dock under utredningens gång kunnat förtydliga skälen för sin bedömning. Några av de tillsynsärenden som prioriterats har därför avslutats utan åtgärd. I flera ärenden har den upphandlande myndigheten dock inte kunna precisera varför ett visst åberopat undantag är tillämpligt.

⁹ Se Konkurrensverkets promemoria *Bristfälliga uppgifter i meddelanden om frivillig förhandsinsyn*, dnr 456/2010.

¹⁰ 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

¹¹ 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU.

¹² Se Konkurrensverkets uppdragsforskning 2016:2, [IT-standards, inläsning och konkurrens. En analys av policy och praktik inom svensk förvaltning](#). Se även Konkurrensverkets vägledning [Undantaget för tekniska skäl vid offentlig upphandling](#).

I ett ärende valde den upphandlande myndigheten att inte teckna avtal enligt förhandssynen efter att Konkurrensverket inlett ett tillsynsärende. Den upphandlande myndigheten beslutade i stället att publicera en annonserad upphandling avseende den aktuella tjänsten.¹³

Det har framkommit att en av de förhandsinsyner som utretts närmare blivit föremål för överprövning.¹⁴ I resterande fall var det alltså inte någon leverantör som begärde överprövning av avtalets giltighet under den avtalsspärr som löper efter att annonsen om frivillig förhandssyn publicerats.

Vid publiceringen av denna analys, i maj 2023, finns det sex pågående tillsynsärenden inom ramen för Konkurrensverkets upphandlingstillsyn med anledning av de granskade förhandsinsynerna. I tre av dessa ärenden har en ansökan om upphandlingsskadeavgift lämnats in till förvaltningsrätten.¹⁵ I ett ärende har Konkurrensverket vid en preliminär bedömning kommit fram till att det är fråga om otillåten direktupphandling och i en sammanfattande skrivelse meddelat avsikten att ansöka om upphandlingsskadeavgift.¹⁶

¹³ Se Konkurrensverkets ärende med dnr 608/2022.

¹⁴ Se Konkurrensverkets ärende med dnr 391/2022.

¹⁵ Se Konkurrensverkets ärende med dnr 262/2023 och 296/2023.

¹⁶ Se Konkurrensverkets ärende med dnr 490/2022 och 357/2023.

Slutsatser

Konkurrensverkets granskning av förhandsinsyner under 2022 har lett till ett antal tillsyns-ärenden. I flera fall har Konkurrensverket vid en preliminär bedömning ansett att de undantag som den upphandlande myndigheten hänvisar till inte varit tillämpliga, med en ansökan om upphandlingsskadeavgift som följd. Tillsynen kan dock få effekt utan att ett ärende resulterar i en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Som till exempel när en upphandlande myndighet valde att annonsera i stället för att direkttilldela en upphandling efter en inledande kontakt med Konkurrensverket.

Det kan dock konstateras att det som utgångspunkt är leverantörerna på den aktuella marknaden som har nödvändig branschkunskap och bäst förutsättningar att avgöra om den upphandlande myndigheten har fog för bedömningen att det endast finns en möjlig leverantör. En leverantör som anser att denne kan leverera det som beskrivs i annonsen har alltid möjlighet att ansöka om överprövning inom avtalsspärren. Konkurrensverket ser därför positivt på att leverantörer aktivt granskar annonser om frivillig förhandsinsyn.

Under granskningen har Konkurrensverket dock sett brister i publicerade annonser om frivillig förhandsinsyn och potentiella otillåtna direktupphandlingar som inte uppmärksammats av leverantörer. Konkurrensverket konstaterar att den problematik med bristfälliga motiveringar i annonser, som uppmärksammades redan 2010, kvarstår. Det finns därför ett värde i att även Konkurrensverket inom ramen för upphandlingstillsynen granskar förhandsinsyner. Mot denna bakgrund kommer Konkurrensverket även fortsättningsvis att i olika grad granska annonser om frivillig förhandsinsyn i tillsynsarbetet.

Med hänsyn till de uppmärksammade bristerna vill Konkurrensverket avslutningsvis framhålla vikten av att utforma en annons om förhandsinsyn på ett korrekt sätt så att skälen till varför en upphandlande myndighet valt att inte genomföra en annonserad upphandling tydligt framgår. Konkurrensverket vill också framhålla att vare sig undantaget för tekniska skäl eller ensamrätt är tillämpligt när det finns flera möjliga leverantörer. När det gäller undantaget för tekniska skäl och dess tillämplighet finns ytterligare information i Konkurrensverkets vägledning.¹⁷ Vid osäkerhet om ett undantag från annonsering är tillämpligt bör upphandlande myndigheter genomföra en annonserad upphandling.

¹⁷ Konkurrensverkets vägledning [Undantaget för tekniska skäl vid offentlig upphandling](#).



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se