

Regeringskansliet
(Finansdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Promemoria om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Bakgrund

Vid en annonserad offentlig upphandling inträder enligt gällande regelverk en s.k. avtalsspärr efter det att den upphandlande myndigheten har meddelat ett tilldelningsbeslut. Avtalsspärren innebär ett förbud mot att avsluta upphandlingen, dvs. att teckna avtal eller att avbryta upphandlingen, innan spärren efter tio dagar har löpt ut. Om en leverantör väljer att överpröva upphandlingen dessförinnan, träder istället en förlängd avtalsspärr i kraft.

I vissa situationer gäller inte någon avtalsspärr, t.ex. vid tilldelning av kontrakt över tröskelvärdena efter förhandlad upphandling utan föregående annonsering, vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal, vid en direktupphandling under tröskelvärdena och vid överprövning av ett avtals giltighet. Även i de situationer vid en annonserad upphandling där det ännu inte har meddelats ett tilldelningsbeslut kan en leverantör vilja stoppa upphandlingen. I dessa situationer får den klagande leverantören istället begära att domstolen fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas respektive att avtalet inte får genomföras innan talan hunnit prövas, se 16 kap. 9 § LOU. I andra stycket i bestämmelsen anges att rätten får avstå från att fatta ett interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Regeringen föreslår nu mot bakgrund av flyktingsituationen att reglerna om interimistiskt beslut vid överprövning av upphandling och vid överprövning av ett avtals giltighet ska förtydligas såväl i de nu gällande som i de föreslagna lagarna på upphandlingsområdet. Anledningen till förslaget är att Migrationsverket vid sin upphandling av asylboenden fått de upphandlingar som genomförts med tillämpning av reglerna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering p.g.a. synnerlig brådska stoppade genom interimistiska beslut av förvaltningsrätten, vilket inneburit svårigheter att tillgodose tillbehovet av boende för alla nyanlända flyktingar.

Enligt förslaget ska bestämmelsen i 16 kap. 9 § LOU nu kompletteras med ett tredje stycke:

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till intresset för dem som ska nyttja det som ska upphandlas, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Regeringen menar att det numera finns andra, mer strategiska, hänsyn i offentlig upphandling som bör tillgodoses, varför lagtexten behöver förtydligas enligt förslaget.

Synpunkter

När en upphandlande myndighet meddelar ett tilldelningsbeslut träder som nämnts ovan en avtalsspärr i kraft. I de fall en upphandling överprövas dessförinnan, måste emellertid en leverantör begära ett interimistiskt beslut för att inte upphandlingen ska kunna avslutas. Tröskeln i dag för att vid överprövningar *av annonserade upphandlingar* meddela interimistiska beslut enligt 16 kap. 9 § LOU är enligt Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) praxis låg.¹ Anledningen är att en leverantörs möjligheter till överprövning upphör då avtal tecknas, varför hela överprövningsinstitutet skulle förfelas om upphandlingarna endast sällan kunde stoppas. Ett *avtals* giltighet kan nämligen endast överprövas i de fall den upphandlande myndigheten har agerat i strid med öppenhetsprincipen och underlåtit att annonsera upphandlingen i enlighet med regelverket, dvs. genomfört en olaglig direktupphandling.

Bestämmelsen om interimistiska beslut återfinns i 16 kap. 16 § LOU. Enligt HFD:s senare praxis är tröskeln för att meddela beslut att avtal inte får fullgöras *högre* än för beslut att avtal inte får ingås i annonserade upphandlingar.² I de förra målen görs nämligen även en bedömning av det sannolika utfallet och vilken betydelse ett förbud mot att fullgöra avtalet har för enskilda och allmänna intressen. Det beror bl.a. på att en klagande leverantör inte förlorar sin möjlighet att klaga på kontraktet, eftersom målet lever vidare även om kontraktet löper på. Utfallet i målet kan alltså fortfarande bli till leverantörens fördel, även om avtalet har hunnit avslutats under tiden som målet har handlagts i förvaltningsrätten. Det är således en annan situation som är för handen än den som föreligger i det fall den offentliga upphandlingen fortfarande är pågående.

I de nu aktuella fallen handlar det emellertid om leverantörernas möjligheter att stoppa *icke-annonserade upphandlingar*, där en upphandlande myndighet hänvisat till synnerlig brådska för att tillämpa undantag från konkurrensutsättning i LOU. Här råder därför en annan situation än vid annonserade upphandlingar, eftersom det avtal som tecknas kommer att kunna överprövas, då den upphandlande myndigheten underlåtit att konkurrensutsätta upphandlingen i enlighet med regelverket. Leverantörerna har därför kvar möjligheten att begära överprövning av själva avtalets giltighet i en senare process, trots att något interimistiskt beslut inte beviljas av förvaltningsrätten och att ett avtal därför kan tecknas av den upphandlande myndigheten.

I förslaget skiljs inte dessa situationer åt, vilket sannolikt innebär att en minskad möjlighet till interimistiska beslut kan innebära stora nackdelar för förfördelade leverantörer i helt andra situationer än vid olika former av direktupphandlingar. Det kan

¹ Se RÅ 2003 ref. 64.

² Se HFD 2014 ref. 13.

innebära att leverantörernas möjligheter att överklaga även annonserade upphandlingar begränsas. Regelverket för offentlig upphandling är emellertid uppbyggt på att det är förfördelade leverantörer som ska agera vid felaktigheter. Att då inskränka deras möjligheter att klaga på upphandlingar i situationer där de senare inte har någon möjlighet att klaga på ett efter upphandlingen tecknat kontrakt är sannolikt inte förenligt med bestämmelserna i upphandlingsdirektiven. Det är således nödvändigt att behålla en låg tröskel för möjligheterna att få interimistiska beslut beviljade vid annonserade upphandlingar.

Med hänvisning till domen HFD 2014 ref. 13 borde förvaltningsdomstolarna redan i dag kunna göra en analog tolkning och tillämpa en striktare bedömning av ansökningar om interimistiska beslut vid upphandlingar som inte annonserats. Det särskilt som det anges i regeringens skrift att avsikten inte är att förändra regelverket om interimistiska beslut vid överprövningar av offentliga upphandlingar och vid kontrakt som ingåtts efter en offentlig upphandling.

Fakultetsnämnden avstyrker av dessa skäl det föreliggande förslaget att förtydliga redan gällande lagstiftning. För det fall förslaget ändå kommer att genomföras, bör det begränsas till de situationer som avser ansökningar om interimistiska beslut i olika former av icke annonserade offentliga upphandlingar.