

Tillämpning av LOU med anledning av flyktingsituationen

Med anledning av den pågående flyktingsituationen ställs många upphandlande myndigheter inför den akuta situationen att behöva köpa in och upphandla varor och tjänster som boenden, sjukvård, madrasser, kläder. För att stötta upphandlande myndigheter beskriver vi hur offentliga myndigheter kan tillämpa upphandlingslagstiftningen i den pågående flyktingsituationen.

Här får du vägledning om:

- vilka upphandlingsaspekter som kan aktualiseras när myndigheter behöver tillgodose behov som uppkommit med anledning av den rådande situationen
- vilka upphandlingsförfaranden som är möjliga att använda, särskild vikt läggs vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering samt direktupphandling
- anbudens giltighetstid och avtalsvillkor, i ett perspektiv som omfattar de särskilda förutsättningar som skulle kunna uppstå när upphandlande myndigheter ska tillgodose behoven hos de asylsökande människorna samt
- reglerna om överprövning av upphandling respektive avtals giltighet.

Upphandlingsmyndigheten har även tagit fram ett exempel för att illustrera hur en upphandlande myndighet kan gå tillväga för att komma fram till vilket förfarande som är lämpligt och lagligt när myndigheten står inför en skyndsam anskaffning av boende till ensamkommande barn.

Bakgrund

På kort tid har antalet asylsökande personer ökat väsentligt i Sverige. Det ger upphov till ökade behov som ansvariga myndigheter behöver tillgodose, exempelvis boende, måltider, bäddar, sängkläder, hygienartiklar, social omsorg, hälso- och sjukvård, väktartjänster, bemanningstjänster samt tolktjänster. I många fall behöver behoven tillgodoses snabbt.

Migrationsverket svarar för att tillgodose de grundläggande behoven, så som boende, hos de asylsökande personerna, med undantag av ensamkommande barn och unga (dvs. som söker asyl utan medföljande förälder eller annan

legal vårdnadshavare) där kommunerna (socialnämnderna) ansvarar för mottagande, omsorg och boende. De boendeformer som för närvarande är aktuella för ensamkommande barn är familjehem alternativt hem för vård eller boende (HVB). Beslut om placering fattas enligt socialtjänstlagen av socialnämnden efter utredning av den enskildes behov. Regeringen har nu aviserat införande av en ny boendeform, stödboende, för barn och unga i åldern 16-20 år. Lagändringen i socialtjänstlagen föreslås träda i kraft den 1 januari 2016. Kommunerna har även ett ansvar att tillhandahålla barnomsorg och skolgång för de asylsökande barnen (förskola, grundskola samt gymnasium) samt ordna god man till ensamkommande barn.

Landstingen ansvarar för all sjukvård och asylsökande har rätt till akut sjuk- och tandvård och vård som inte kan vänta, såsom förlossningsvård med mera. Asylsökande barn och ungdomar under 18 år har rätt till kostnadsfri sjuk- och tandvård liksom andra barn som bor i Sverige.

För varor och tjänster som de upphandlande myndigheterna inte avser att tillhandahålla i egen regi, krävs kontrakt med en extern part. I många fall har upphandlande myndigheter redan ramavtal genom vilka de även kan tillgodose det nya eller det utökade behovet. Det är till exempel vanligt att kommunerna har ramavtal avseende HVB för barn och unga, cirka 80 procent av landets kommuner hade detta under 2013.¹ Den nu rådande situationen kan dock föranleda ett ökat behov av inköp även om ramavtal finns sedan tidigare och behov av nya upphandlingar kan aktualiseras.

Undantag från LOU

Kontrakt som avser hyra av fast egendom är undantagna från upphandlingsplikten.

Om en upphandlande myndighet vidtar åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader är huvudregeln att anskaffningen omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Det finns dock undantag från lagens tillämpningsområde. Dessa återfinns i 1 kap. LOU. I detta sammanhang är det främst ett undantag som aktualiseras; hyresundantaget enligt 1 kap. 6 § 1 p. LOU.

¹ Konkurrensverket, Hem för vård eller boende för barn och unga. En kartläggning av kommunernas ramavtalsupphandlingar. Rapport 2015:3.

Ett särskilt undantag från LOU:s tillämpningsområde är kontrakt som avser hyresrätt till fastighet. För att detta undantag ska kunna aktualiseras får den upphandlande myndigheten inte ha utövat ett bestämmande inflytande över uppförandet av byggnaden – i sådant fall rör det sig om ett byggtreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § 2 p, som omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Om kontraktet innehåller inslag av både byggtreprenad och hyra så är det kontraktets huvudsakliga syfte som är avgörande för huruvida kontraktet är att klassificera som ett hyresavtal alternativt ett byggtreprenadkontrakt och det har härvidlag ingen betydelse hur kontraktet har benämnts (EU-domstolens dom den 10 juli 2014 i mål nr C-213/13).

Under hyresavtalets löptid kan det uppstå nya behov av anpassningar. För att avgöra om anpassningen i sig utgör föremål för ett upphandlingspliktigt kontrakt eller om även den omfattas av hyresundantaget, får man bedöma om anpassningen kan rymmas inom ramen för en sedvanlig hyresgäst Anpassning (se Konkurrensverkets beslut med dnr. 584/2010).

Befintliga ramavtal

I akuta situationer bör upphandlande myndigheter, i den mån det går, nyttja befintliga ramavtal.

Upphandlande myndigheter har ingen skyldighet att tillämpa avtalsspärr vid avrop från ramavtal.

Upphandlande myndigheter ska nyttja eventuella förlängningsklausuler i befintliga ramavtal i första hand, innan eventuella undantagsförfaranden tillämpas.

Om den upphandlande myndigheten har ett befintligt ramavtal som omfattar varan eller tjänsten kan behovet tillgodoses genom avrop från sådant ramavtal. Ramavtal definieras i 2 kap. 15 § LOU som ”avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod”. Den upphandlande myndigheten kan således tilldela kontrakt genom avropet och behöver inte genomföra en ny upphandling varje gång ett nytt/utökat behov uppkommer.

Ramavtal kan vara tecknade med en eller flera leverantör/-er där samtliga villkor för avrop är fastställda. Om sådant ramavtal är tecknat med flera leverantörer ska det framgå av ramavtalet hur valet av leverantör för det enskilda kontraktet ska gå till. Vanligt är att tillämpa en så kallad

rangordning där avrop i första hand sker från den leverantör som lämnat antingen anbudet med lägst pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet beroende på tilldelningsgrund. I andra hand sker avropet från den leverantör som lämnat det näst bästa anbudet och så vidare. Vid avrop från ramavtal där alla villkor är fastställda har den upphandlande myndigheten ingen skyldighet att skicka tilldelningsbeslut till ramavtalsleverantören eller ramavtalsleverantörerna.

Ramavtal med flera leverantörer (minst tre) kan också vara utformade så att alla villkor inte är fastställda i själva ramavtalsupphandlingen utan fastställs vid avropstillfället. Då sker själva anskaffningen genom en så kallad förnyad konkurrensutsättning. I detta fall samråder myndigheten skriftligen med ramavtalsleverantörerna genom att de inkommer med anbud (avropssvar) för det aktuella uppdraget. Efter att beslut om tilldelning av kontrakt fattats ska myndigheten snarast möjligt skriftligen informera anbudsgivarna i avropet om beslutet samt skälen för detta.

För att möjliggöra ett effektivt förfarande vid avrop från ramavtal, finns ingen skyldighet att tillämpa avtalsspärr (det vill säga att invänta med att ingå avtal under en period av minst tio dagar från att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickats). Upphandlande myndigheter får teckna avtal baserat på avropet direkt efter att tilldelningsbeslutet fattats. Ett ingånget avtal utgör ett hinder för att överpröva den förnyade konkurrensutsättningen. Däremot finns det möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning av avtalets giltighet i upp till sex månader efter att avtalet ingicks. Upphandlande myndigheter kan, enligt 16 kap. 17 § LOU, begränsa den tid leverantörer kan ansöka om överprövning av avtalets giltighet genom att meddela samtliga anbudsgivare om att avtalet har slutits samt lämna en sammanfattning, enligt 9 kap. 10 § LOU, av skälen för beslutet om tilldelning. I detta fall ska en ansökan istället komma in inom 30 dagar från det att den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudsgivarna.

För att undvika att avtalets giltighet kan överprövas, finns det en möjlighet för en upphandlande myndighet att tillämpa en frivillig avtalsspärr, enligt 16 kap. 15 § 1 p, efter att tilldelningsbeslutet meddelats. Under avtalsspärren har leverantörer möjlighet att överpröva den förnyade konkurrensutsättningen, men efter att avtalet tecknats kan dess giltighet i så fall inte överprövas.

Om behovet är akut och det finns möjlighet att förlänga ett ramavtal för att täcka det uppkomna behovet – genom att utnyttja en befintlig förlängningsklausul – ska den möjligheten nyttjas före tillämpning av ett eventuellt undantagsförfarande.

Ny upphandling

Många av de behov som aktualiseras i rådande flyktingsituation är så kallade B-tjänster för vilka de nationella reglerna i 15 kap. LOU blir tillämpliga.

Om det inte finns befintliga ramavtal för det akuta behovet eller förlängningsmöjligheter i ramavtal som är på väg att löpa ut, behöver någon form av upphandlingsförfarande genomföras. Baserat på beräkningen av kontraktsvärdet (se vidare om vilka tröskelvärden som gäller, här: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/fragor-och-svar/?ShowItem=7565>) och tjänstens beskaffenhet (A- eller B-tjänst), i det fall anskaffningen avser en tjänst, blir antingen de direktivstyrda reglerna eller de nationella reglerna i 15 kap. i LOU tillämpliga.

Enligt LOU ska upphandlande myndigheter ta hänsyn till de grundläggande principerna vid all upphandling, oavsett förfarande (se vidare här: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/>).

I den pågående flyktingsituationen aktualiseras, i det akuta skedet, framför allt behov avseende boenden. I många fall kombineras boendet med någon form av social omsorg. Både korttidsinkvartering och social omsorg med inkvartering klassificeras som så kallade B-tjänster (inom kategori 17 Hotell- och restaurangtjänster respektive kategori 25 Hälsovård och socialtjänster).

B-tjänster är sådana tjänster som EU har ansett mindre lämpade för gränsöverskridande handel och som därför inte omfattas av de direktivstyrda reglerna. Vid upphandlingar av B-tjänster tillämpas därför de nationella reglerna i 15 kap. LOU.

Direktivstyrda regler

Sedvanliga annonserade förfaranden

I akuta situationer går sedvanliga direktivstyrda förfaranden (öppet, selektivt och förhandlat förfarande med föregående annonsering samt konkurrenspräglad dialog) sällan att tillämpa, då tidsfristerna för annonsering kräver lång framförhållning innan avtal går att tilldela.

Påskyndat selektivt förfarande

När det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de sedvanliga annonserade förfarandena, bland annat på grund av tidsfristerna, kan

upphandlande myndigheter genomföra upphandlingen enligt ett påskyndat selektivt förfarande. Tiden för att inkomma med en anbudsansökan ska då vara minst tio dagar (såvida annonsen har skickats elektroniskt) och anbudstiden ska vara minst tio dagar.

I sammanhanget bör noteras att den upphandlande myndigheten är skyldig att tillämpa avtalsspärr om upphandlingen har genomförts med tillämpning av detta förfarande. Upphandlingen kan överprövas fram till den tidpunkt då avtalsspärren löper ut.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering finns inga reglerade anbudstider.

Upphandlande myndigheter har ingen skyldighet att tillämpa avtalsspärr vid avrop från ramavtal.

När den upphandlande myndigheten snabbt behöver tillgodose ett behov kan det vara möjligt att genomföra upphandlingen med tillämpning av reglerna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering är ett förfarande i vilket upphandlande myndigheter kan förhandla med en eller flera leverantörer och förfarandet kräver inte att den upphandlande myndigheten uppsöker marknadens konkurrens genom annonsering. En upphandling som genomförs enligt detta förfarande är inte underkastad reglerna om anbudstider och det finns inte heller någon skyldighet att iaktta avtalsspärr innan avtal ingås.

En upphandlande myndighet har möjlighet att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering bland annat om denne vid genomförande av ett sedvanligt annonserat förfarande inte har fått in några anbud, eller några lämpliga sådana, om avtalet av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör, om s.k. synnerlig brådska föreligger, om det rör sig om vissa kompletterande leveranser eller vid anskaffning i en konkursutförsäljning (se 4 kap. 5-9 §§ LOU för samtliga grunder). I den rådande situationen är det främst synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § 3 p. LOU som bör kunna komma ifråga.

För att få tillämpa förfarandet med hänvisning till synnerlig brådska, krävs att särskilda förutsättningar föreligger. Dessa förutsättningar beskrivs närmare nedan. De särskilda förutsättningarna sammantaget medför att ett sedvanligt annonserat förfarande inte är möjligt att tillämpa.

Det kan inte anses följa av LOU att upphandlande myndigheter, vid tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska, måste vända sig till flera leverantörer. Om konkurrensutsättning sker ska den upphandlande myndigheten, som alltid, beakta de grundläggande principerna, bland annat likabehandlingsprincipen. Det faktum att upphandlande myndigheter har möjlighet att förhandla med flera leverantörer, medför inte enligt Upphandlingsmyndigheten att de har en sådan skyldighet (Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement – Regulation in the EU and UK*, volym 1, tredje upplagan, 2014, s. 1061 och 1097 och Peter Trepte, *Public procurement in the EU*, andra upplagan, 2010, s. 386 f.).

Förutsättningar för synnerlig brådska

För att undantaget med hänvisning till synnerlig brådska ska vara tillämpligt ska följande förutsättningar vara uppfyllda:

1. Händelsen ska inte ha varit möjlig att förutse av den upphandlande myndigheten
2. Det ska föreligga synnerlig brådska som gör att de allmänna tidsfristerna inte kan respekteras
3. Det ska finnas ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerligen brådskande situationen
4. Det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet

För att det ska föreligga lagliga skäl att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till synnerlig brådska måste följande fyra förutsättningar vara uppfyllda:

1. Händelser som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse

Den händelse som ligger till grund för det brådskande anskaffningsbehovet ska inte ha kunnat vara möjlig att förutse av den upphandlande myndigheten. Brådskan får inte heller på något sätt bero på den upphandlande myndigheten, t.ex. får brådskan inte ha uppstått på grund av den upphandlande myndighetens bristande planering eller framförhållning (se t.ex. i mål C-318/94 Kommissionen mot Tyskland).

I meddelandet från Europeiska kommissionen till Europaparlamentet och rådet om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen, COM (2015) 454 final ("tolkningsmeddelandet"), anges att "[m]an kan utgå från att en upphandlande myndighet inte i tillräckligt god tid i förväg visste eller kunde veta hur många asylsökande

den skulle behöva ta hand om”. Ökningen av antalet asylsökande i EU:s medlemsstater utgör därmed, enligt kommissionen, en omständighet som inte har kunnat förutses av upphandlande myndigheter. Kommissionen har alltså bedömt att denna förutsättning är uppfylld.

Grunden för kommissionens ställningstagande var situationen såsom den såg ut vid tiden för tolkningsmeddelandet den 9 september 2015. Även om det sedan en tid står klart att antalet asylsökande kraftigt ökat, är det dock fortfarande mycket svårt att förutse hur många som kan förväntas komma till Sverige. Migrationsverket har den 22 oktober 2015 kraftigt skrivit upp prognoserna men dessa prognoser präglas av stor osäkerhet (se Migrationsverkets Verksamhets- och utgiftsprognos 2015-10-22 dnr 1.1.3-2015-3439). Svårigheterna att förutse hur många asylsökande som kan komma till Sverige beror, enligt Upphandlingsmyndigheten, på förhållanden som ligger utanför de upphandlande myndigheternas kontroll och som dessa inte kan påverka. Upphandlingsmyndigheten anser därför att förutsättningen normalt bör anses uppfylld så länge som den nuvarande osäkra situationen består.

Det finns flera rättsfall som avser frågan om förutsättningarna för synnerlig brådskande är uppfyllda då upphandlingen har avsett boende till asylsökande. Kammarrätten i Jönköping meddelade i en dom den 13 februari 2012 (mål nr. 2972-11) att den kraftiga ökningen av asylsökande romer i början av hösten 2010 utgjorde en sådan omständighet som var oförutsebar för den upphandlande myndigheten. Den 28 september 2012 (mål nr. 1181-12) gjorde samma domstol en motsatt bedömning för läget såsom det såg ut i april 2011, dvs. att det inte förelåg en omständighet som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eftersom förhållandet med det ökande behovet av boendeplatser, jämfört med ordinarie antal platser, hade varit känt under en längre tid.

Domstolens bedömningar i dessa rättsfall visar tydligt att bedömningen av förutsättningarna för synnerlig brådskande är en ögonblicksbedömning av de särskilda omständigheter som föreligger vid ett specifikt tillfälle, dvs. den tidpunkt då direktupphandlingen genomförs.

2. Synnerlig brådskande som gör att de allmänna tidsfristerna inte kan respekteras

Det är uppenbart att de mest omedelbara behoven (bostäder, varor och tjänster) hos personer som söker asyl i de olika medlemsstaterna måste tillgodoses så snabbt som möjligt. Man måste bedöma från fall till fall om denna situation är sådan att det inte ens går att respektera de mycket korta tidsfristerna i ett påskyndat selektivt förfarande.

Denna förutsättning har behandlats i EU-domstolens praxis i mål C-107/92. Sedan en italiensk upphandlande myndighet hade fått en rapport om att det förelåg överhängande risk för laviner, direkttilldelade myndigheten ett kontrakt för byggnation av en lavinbarriär med hänvisning till synnerlig brådska. Det hade dock gått mer än tre månader från det att den upphandlande myndigheten hade fått rapporten till dess att entreprenaden påbörjades. Dessutom framkom det i punkt 8 och i synnerhet i punkt 13 i Generaladvokat Gulmanns yttrande den 12 maj 1993, att myndigheten även före rapporten kunde antas ha känt till risken för laviner sedan länge. Domstolen beaktade det som Generaladvokaten framfört i nämnda punkter i yttrandet, och konstaterade att den upphandlande myndigheten borde ha kunnat hålla tidsfristerna i ett påskyndat selektivt förfarande.

EU-domstolens praxis visar att de upphandlande myndigheterna måste agera snabbt och att fristerna är mycket korta. Målet gällde ett enda uppkommet behov, nämligen behovet att undanröja risken för laviner. Omständigheterna skiljer sig i därvid från de som svenska upphandlande myndigheter för närvarande måste hantera med anledning av flyktingsituationen. De mest omedelbara behoven hos asylsökande måste tillgodoses så snabbt som möjligt. Boende, måltider m.m. måste finnas på plats i princip samma dag som asylsökandena anländer. Det rör sig alltså i dessa fall om återkommande dagliga behov vars art och omfattning de upphandlande myndigheterna knappast kan förutse.

I svensk praxis har flera ledtider tagits med i bedömningen om det är möjligt att hålla tidsfristerna i ett annonserat förfarande eller inte. Den upphandlande myndigheten bör mot bakgrund av upphandlingens karaktär uppskatta tiden som krävs för att ta fram ett förfrågningsunderlag, anbudstid, prövning och utvärdering av inkomna anbud, tid för eventuell överprövning i *en* instans och slutligen skälig förberedelsetid för vinnande anbudsgivare (Kammarrätten i Göteborg, målnr. 1446-1452-12 och Överprövningsutredningen SOU 2015:12).

3. Orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerligen brådska situationen

Det måste finnas ett orsakssamband mellan brådskan och den omständighet som åberopas som grund för att ett undantagsförfarande ska vara tillämpligt.

I kommissionens tolkningsmeddelande anförts i denna del att "[n]är man måste tillgodose de mest omedelbara behoven hos asylsökande inom en mycket kort tidsram kan det inte rimligen finnas något tvivel om

orsakssambandet mellan ökningen av asylsökande och kravet på att tillgodose deras behov”.

4. Absolut nödvändigt

För att kunna bedöma om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet kan den upphandlande myndigheten resonera kring vilka konsekvenser som sannolikt kommer att uppstå om de tilltänkta leveranserna inte kan ske. Ledning kan sökas i de tvingande hänsyn till allmänintresset som förtecknas i beaktandesats 6 i direktiv 2004/18/EG. Dessa hänsyn avser bland annat skydd för allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, människors och djurs hälsa och liv, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget.

När det till exempel gäller sådana omedelbara behov som boende och måltider för människor som annars skulle stå utan tak över huvudet och som inte har några möjligheter att själva köpa livsmedel, är det rimligt att anta att det skulle få allvarliga konsekvenser för dessa människors liv och hälsa, såväl som för ordningen och säkerheten i samhället i allmänhet, i det fall leveranserna skulle utebli. I dessa fall är enligt Upphandlingsmyndigheten förutsättningen ”absolut nödvändigt” uppfyllt.

Alla fyra förutsättningar måste vara uppfyllda, annars är det inte möjligt för den upphandlande myndigheten att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till synnerlig brådska. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för undantagsförfarandet är uppfyllda.

Upphandlingen får endast omfatta det omedelbara behovet, det vill säga leveranser som sker fram till dess att behovet kan tillgodoses genom sedvanligt upphandlat kontrakt. Den upphandlande myndigheten behöver således redan i detta skede planera för upphandlingar som syftar till att täcka det långsiktiga behovet. I denna planering bör den upphandlande myndigheten beakta risken för en överprövning i en instans, ca 90 dagar (jfr Överprövningsutredningen SOU 2015:12).

Nationella regler

Sedvanliga annonserade förfaranden

De förfaranden som står till buds, enligt de nationella reglerna i 15 kap. LOU, är framför allt förenklat förfarande och urvalsförfarande. Under särskilda

omständigheter finns också möjlighet att tillämpa konkurrenspräglad dialog eller direktupphandling.

Att genomföra en konkurrenspräglad dialog är en omfattande process i många steg och lämpar sig inte för akuta situationer.

Urvalsförfarande

Förfarandet är ett tvåstegsförfarande.

Upphandlande myndigheter får förhandla med anbudsgivarna.

Upphandlande myndigheter måste tillämpa avtalsspärr.

Urvalsförfarande är det förfarande som närmast liknar det direktivstyrda selektiva förfarandet (inklusive det påskyndade selektiva förfarandet).

Förfarandet genomförs i två steg där den upphandlande myndigheten i ett första steg bjuder in leverantörer att ansöka om att lämna anbud genom att annonsera en ansökningsinbjudan under skälig tid. När ansökningar inkommit prövar den upphandlande myndigheten att kraven på leverantören är uppfyllda och vid behov (om fler än de som avses bjudas in att lämna anbud uppfyller kraven) genomförs ett urval. De leverantörer som uppfyller kraven i ansökningsinbjudan och som valts ut vid ett eventuellt urval, bjuds in att lämna anbud och erhåller därmed ett förfrågningsunderlag inklusive kommersiella villkor, av den upphandlande myndigheten. Leverantörerna ska ges skälig tid att inkomma med anbud. När anbudet inkommit prövas de mot de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven och utvärderas sedan enligt en utvärderingsmodell angiven i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten kan förhandla med anbudsgivarna. När tilldelning, och skälen för beslutet, meddelats anbudssökanden och anbudsgivare, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen meddelats (förutsatt att tilldelningen meddelas elektroniskt, i annat fall löper avtalsspärren i 15 dagar). Upphandlingen kan överprövas fram till dess att avtalsspärren löpt ut och en eventuell överprövning bör ingå i beräkningen av den ursprungliga tidplanen för upphandlingen.

Förenklat förfarande

Förfarandet genomförs i ett steg och den upphandlande myndigheten får förhandla med anbudsgivarna.

Avtalsspärr måste tillämpas.

Ett förenklat förfarande genomförs i ett steg där den upphandlande myndigheten färdigställer och publicerar samtliga delar av förfrågningsunderlaget i samband med annonseringen. I underlaget ställer den upphandlande myndigheten upp kraven på leverantören, kravspecifikationen avseende varan eller tjänsten som upphandlas, beskriver hur utvärderingen ska gå till samt bifogar en förlaga till ramavtal eller avtal.

Leverantörerna inkommer med anbud som innehåller både de delar som avser företaget och upphandlingsföremålet.

När anbudet inkommit prövar den upphandlande myndigheten att kraven på leverantören är uppfyllda, att kraven avseende varan/tjänsten uppfylls samt att anbudsgivaren inkommit med alla de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt enligt förfrågningsunderlaget. De anbud som uppfyller alla krav och inte innehåller några invändningar mot avtalsförlagan utvärderas sedan enligt den i förfrågningsunderlaget uppställda utvärderingsmodellen. Den upphandlande myndigheten kan förhandla med anbudsgivarna.

När tilldelning, och skälen för beslutet, meddelats anbudsgivarna, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen meddelats (förutsatt att tilldelningen meddelas elektroniskt, i annat fall löper avtalsspärren i 15 dagar). Upphandlingen kan överprövas fram till dess att avtalsspärren löpt ut och en eventuell överprövning bör räknas med i den ursprungliga tidplanen för upphandlingen.

Direktupphandling

Direktupphandlingar är upphandlingar utan krav på anbud i viss form. Den rådande flyktingsituationen kan medföra att upphandlande myndigheter måste tillämpa direktupphandling med hänvisning till synnerlig brådska.

Direktupphandling är ett undantagsförfarande som endast får tillämpas för upphandlingar som omfattas av de icke direktivstyrda reglerna (15 kap. LOU) då särskilda förutsättningar föreligger.

En sådan förutsättning är om kontraktsvärdet betraktas som lågt. Sedan 2010 är detta värde fast och från och med den 1 juli 2014 uppgår tröskelvärdet för lågt värde till 505 800 kronor. För mer information om kontraktsvärdesberäkning vid direktupphandling se Upphandlingsmyndighetens vägledning *Är inköpen av samma slag?* (2015:1).

Direktupphandling får även användas om någon av de förutsättningar som gäller för förhandlat förfarande utan föregående annonsering (4 kap. 5-9 §§ LOU) är uppfyllda, till exempel om det vid genomförande av ett sedvanligt annonserat förfarande inte har inkommit några anbud, eller några lämpliga sådana, om avtalet av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör, om så kallad synnerlig brådska föreligger, om det rör sig om vissa kompletterande leveranser eller vid anskaffning i en konkursutförsäljning.

Slutligen får direktupphandling användas om det finns så kallade synnerliga skäl. Begreppet synnerliga skäl får anses avse andra grunder än de grunder som omfattas av förutsättningarna förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

I den rådande flyktingsituationen är det främst synnerlig brådska som bör kunna komma ifråga. Se avsnittet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering för redogörelse av de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att synnerlig brådska ska kunna hävdas. Det finns inte utrymme att göra en annan bedömning av förutsättningarna med anledning av att upphandlingen omfattas av de icke direktivstyrda reglerna.

Enligt definitionen i 2 kap. 23 § LOU är direktupphandling ”en upphandling utan krav på anbud i viss form”. Förfarandet omgärdas således inte av några procedurregler. Den upphandlande myndigheten är fri att genomföra direktupphandlingen på det sätt denne finner lämpligast och kan t.ex. förhandla med en eller flera leverantörer.

Det finns alltså inte något generellt krav på upphandlande myndigheter att uppsöka konkurrensen på marknaden. Den nuvarande flyktingsituationen kan dock innebära att det finns särskilda behov. De upphandlande myndigheterna måste snabbt kunna skapa sig en bild av utbudet på den aktuella marknaden. En upphandlande myndighet bör därför inom ramen för en marknadsundersökning kunna gå ut med en intresseförfrågan som en förberedande åtgärd. Om det vid ett senare tillfälle uppkommer ett sådant behov som ger rätt att direkttilldela kontrakt på grund av synnerlig brådska, kan myndigheten vända sig direkt till leverantörer som anmält intresse – eller annan leverantör – och ingå avtal. En intresseanmälan av detta slag bör lämpligen inte innebära något åtagande för leverantören att tillhandahålla några specifika volymer eller att lämna anbud vid en förfrågan. Rent förberedande åtgärder inför ett eventuellt framtida behov kan vare sig betraktas som ett beslut att inleda ett upphandlingsförfarande eller som att den upphandlande myndigheten inlett konkreta avtalsförhandlingar med någon av de leverantörer som anmält sitt intresse (se Domstolens avgörande i C-26/03 *Stadt Halle* punkt 33-39 samt RÅ 2013 ref. 31).

De grundläggande principerna är tillämpliga på upphandlingar som bedöms kunna ha ett gränsöverskridande intresse. Enligt 1 kap. 9 § och 15 kap. 2 § LOU har dock tillämpligheten utsträckts genom att samtliga upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU ska genomföras med hänsyn tagen till principerna. Direktupphandlingar får anses vara en typ av upphandlingar enligt nämnt kapitel varför principerna gäller även i sådana förfaranden.

Av affärsmässiga skäl kan det vara lämpligt att även en direktupphandling föregås av någon form av förfrågningsunderlag och ett anbud. Det gäller särskilt om direktupphandlingen avser större värden. I sådana fall följer det av de grundläggande principerna att myndigheten också måste följa dessa krav och villkor under hela upphandlingens gång. Som berörs nedan kan den upphandlande myndighetens avvikelser från sådana krav eller villkor bli föremål för överprövning av upphandling. En anbudsgivare måste kunna sätta sig in i affären – bland annat förstå vilka dennes åtaganden är och hur riskerna fördelas mellan parterna – för att kunna kalkylera pris och lämna anbud. Ett förfrågningsunderlag bör lämpligen innehålla ett fullständigt avtalsutkast vari leverantörens åtaganden och parternas riskfördelning (till exempel påföljder vid leveransförseningar och ansvar vid avtalsbrott) framgår.

Den upphandlande myndigheten ska enligt 15 kap. 19 § andra stycket LOU, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt. Detta gäller *om* det finns flera anbudsgivare. Om det bara finns en anbudsgivare finns ingen sådan skyldighet. Underrättelsen ska heller inte förväxlas med de rättsverkningar som följer enligt 9 kap. 9 § LOU eller med sådana underrättelser som avses i 9 kap. 10 § nämnda lag som tillämpas vid annonserade förfaranden.

Avtalsspärr behöver inte tillämpas då upphandlingen har genomförts som en direktupphandling. Vid en direktupphandling kan istället ett avtal ingås omedelbart. Tidpunkten för den upphandlande myndighetens beslut om val av leverantör och anbud kan alltså sammanfalla med den tidpunkt då avtalet ingås. Som utvecklas nedan är överprövning av upphandling inte möjlig efter den tidpunkt då avtal ingåtts.

Tidsfrister

Vad som utgör skälig tid måste bedömas från fall till fall. Inte i något fall bör dock tiden vara kortare än tio dagar.

Ju större arbetsinsatser ett förfrågningsunderlag kräver av leverantören, desto längre bör anbudstiden vara.

Annonseringstider och anbudstider för de nationella förfarandena är inte reglerade i LOU, med mer än att ansökningstiden vid urvalsförfaranden inte får vara kortare än tio dagar. Hänsyn bör tas till upphandlingsföremålets komplexitet och det arbete leverantörerna förväntas lägga på sin ansökan och på sitt anbud.

Vid akuta situationer bör upphandlande myndigheter sträva efter att förenkla den administrativa börda som åläggs leverantörer i ansöknings- och anbudsfasen, för att kunna motivera kortare tidsfrister. I det direktivstyrda påskyndade selektiva förfarandet anges minimitiderna till tio dagars annonsering av ansökningsinbjudan och tio dagars anbudstid. För urvalsförfaranden gäller samma minimitid avseende ansökningstiden och upphandlande myndigheter behöver åtminstone inte tillämpa en längre anbudstid när akuta situationer råder. För förenklade förfaranden finns som sagt inga reglerade tidsfrister enligt LOU och valet att tillämpa ett förenklat förfarande istället för ett urvalsförfarande kan bero på att den upphandlande myndigheten kommer fram till att det sistnämnda förfarandet, med sina två steg, tar för lång tid i en akut situation. En upphandlande myndighet bör dock inte tillämpa en kortare tidsfrist än tio dagar för att möjliggöra för eventuella frågor och svar avseende upphandlingen och förfrågningsunderlaget under anbudstiden. Vad som är skäligt måste avgöras från fall till fall beroende på upphandlingens art och komplexitet.

Anbudens giltighetstid

I akuta situationer bör den upphandlande myndigheten lämpligen inte tillämpa lång giltighetstid för anbudet.

Om behov uppstår, t.ex. vid överprövning, finns det möjlighet att förlänga anbudens giltighetstid.

I nuvarande flyktingsituation är mycket av de akuta behoven som uppstår landsomfattande och flera upphandlande myndigheter kan vara i behov av samma varor och tjänster. I varje enskild upphandling behöver upphandlande myndigheter överväga på vilket sätt anbudens giltighetstid påverkar leverantörernas möjlighet att delta i andra upphandlingar. Giltighetstiden behöver sträcka sig över den period som den upphandlande myndigheten bedömer att den behöver för att hinna genomföra prövning och utvärdering av anbud. Giltighetstiden behöver dessutom sträcka sig över perioden för avtalsspärr, då sådan tillämpas, eftersom avtal inte får ingås innan den löpt ut. I sedvanliga annonserade förfaranden bör upphandlande myndigheter ta höjd även för överprövningar i en instans i kravet på anbudens giltighetstid (jfr Överprövningsutredningen SOU 2015:12).

Upphandlingsmyndigheten rekommenderar att upphandlande myndigheter, i rådande flyktingsituation, väger nyttan av en lång giltighetstid i förhållande till möjligheten för leverantörer att delta i andra upphandlande myndigheters upphandlingar av motsvarande varor eller tjänster med det i anbudet erbjudna utbudet. Det kan, om efterfrågan är stor på leverantörens varor eller tjänster, finnas en risk att en alltför lång giltighetstid inverkar negativt på leverantörens intresse av att lämna anbud i upphandlingen.

Frågan om anbudstidens giltighet kan förlängas eller inte, är i första hand en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. De grundläggande principerna måste dock alltid iakttas. Av likabehandlingsprincipen följer att samtliga anbudsgivare ska tillfrågas, även de vars anbud blivit förkastade. Något krav på att samtliga anbudsgivare accepterar en förlängning för att det ska vara möjligt att slutföra upphandlingen, finns inte efter den tidpunkt då tilldelningsbeslut meddelats (se Kammarrätten i Göteborg mål 4278-09, Kammarrätten i Stockholm mål 3480-10 och 2059-11 samt Kammarrätten i Jönköping mål 1798-10).

Det finns således en möjlighet för den upphandlande myndigheten att tillfråga anbudsgivarna i en upphandling där kontraktsskrivningen försenas, exempelvis på grund av en överprövning, om de är villiga att gå med på en förlängning av anbudens giltighetstid. Då har enskilda leverantörer möjlighet att ta ställning till om de vill kvarstå med sitt anbud i den aktuella upphandlingen, eller om de hellre använder sig av det utbud de har att erbjuda i en eventuell annan upphandling. Om situationen är akut, kan förutsättningarna förändras snabbt även för leverantörerna och situationen vara annorlunda än vad den var vid anbudsgivning.

Om det är så att den upphandlande myndigheten valt ett undantagsförfarande på grund av synnerlig brådska, ska upphandlingen endast omfatta det omedelbara behovet. Förväntas behovet bestå under längre tid behöver den upphandlande myndigheten, som nämnts, påbörja ett parallellt förfarande för att upphandla det långsiktiga behovet enligt ett sedvanligt annonserat förfarande. Om upphandlingen enligt undantagsförfarandet av någon anledning försenas, så att avtal inte kan tecknas förrän långt efter att anbudstiden löpt ut, kan det vara så att behovet kan täckas med den upphandling som genomförts enligt ett sedvanligt annonserat förfarande för det långsiktiga behovet. Av den anledningen bör det inte heller vara nödvändigt med långa giltighetstider för anbuden i ett undantagsförfarande.

Avtalsvillkor

Vid tillämpning av undantagsförfaranden ska avtalsperioden bara omfatta det omedelbara behovet.

Krav kan kontrolleras och uppfyllas först i samband med avtalets ikraftträdande, förutsatt att det finns en hävningsklausul kopplat till kravens uppfyllnad.

När tidsbrist råder har den upphandlande myndigheten förmodligen behov av att effektivisera genomförandet av upphandlingen i alla led. Anbudsgivare måste i anbudet på lämpligt sätt visa att samtliga krav och åtaganden uppfylls. Den upphandlande myndigheten kan genomföra kontrollen av vissa krav först inför nyttjandet av de avtalade tjänsterna eller beställning av de avtalade varorna. För vissa krav kan den upphandlande myndigheten ange att anbudsgivaren inte behöver uppfylla kravet innan avtalet träder i kraft. Den upphandlande myndigheten måste formulera avtalsvillkor som säkerställer att det finns möjlighet att frånträda (till exempel häva) avtalet om det vid den senare kontrollen framkommer att leverantören inte uppfyller angivna krav eller åtaganden.

När den upphandlande myndigheten tillämpar undantagsförfaranden (förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller direktupphandling på grund av synnerlig brådska) kan avtalen endast omfatta det omedelbara behovet. Avtalstiden bör därför begränsas till en viss tidpunkt då en annan mer långsiktig lösning förväntas kunna inträda. Eftersom en sådan tidpunkt av olika anledningar kan vara svår att ange exakt, bör den upphandlande myndigheten reglera hur avtalet som avser det akuta behovet avslutas i samband med att behovet kan övergå att täckas av den mer långsiktiga lösningen. Om den upphandlande myndigheten tillämpat ett påskyndat selektivt förfarande finns ingen sådan begränsning avseende det omedelbara behovet, då förfarandet räknas till ett sedvanligt annonserat förfarande.

I samtliga de förfaranden som kan vara möjliga i en situation där tidspress råder, med undantag för påskyndat selektivt förfarande, kan den upphandlande myndigheten förhandla med anbudsgivarna.

Överprövning

Följande rättsmedel finns enligt upphandlingslagstiftningen:

1. Överprövning av upphandling (inklusive överprövning vid förhandsinsyn och vid avbrytande av upphandling)
2. Överprövning av avtals giltighet

3. Skadestånd

Vidare är Konkurrensverket tillsynsmyndighet för upphandlingsreglerna och har en möjlighet (i vissa fall en skyldighet) att ansöka om att upphandlande myndigheter ska påföras en sanktionsavgift – upphandlingsskadeavgift – vid vissa överträdelser av upphandlingslagstiftningen.

Därtill kommer den granskning som genomförs av bl.a. den kommunala revisionen, Riksrevisionen samt Justitieombudsmannen och Justiekanslern.

I det följande kommer främst överprövningar av direktupphandlingar och upphandlingar efter förhandlade förfaranden utan föregående annonsering att behandlas.

En ansökan om överprövning ges in till den förvaltningsrätt inom vars domsaga den upphandlande myndigheten har sitt säte.

Åberopsbördan i mål om överprövning

I mål om överprövning prövar förvaltningsdomstolarna normalt bara de omständigheter som parterna åberopat.

I alla mål om överprövning gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan. Överprövningsmål har större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen – dvs. mål mellan enskilda – än med mål som är typiska för förvaltningsdomstolarna och för vilka förvaltningsprocesslagen har konstruerats (se RÅ 2009 ref 69). Förvaltningsdomstolarna prövar således i princip endast det som parterna åberopat i målet.

Det är alltså parterna som bestämmer vad domstolen ska pröva. Den leverantör som ansöker om överprövning bör ange alla de omständigheter som åberopas till stöd för att det förekommit ett upphandlingsfel och (förutom vid vissa fall av överprövning av avtals giltighet) att denne lidit eller kan komma att lida skada av felet. Den upphandlande myndigheten bör på motsvarande sätt ange alla de omständigheter som myndigheten åberopar till stöd för sitt bestridande. Domstolen är normalt förhindrad att beakta en omständighet som part inte åberopat.

Det ankommer också på parterna att ange den bevisning de önskar åberopa till stöd för sin talan. Förvaltningsdomstolen kan inom ramen för sitt

utredningsansvar under vissa förutsättningar begära in sådan bevisning (se Högsta Förvaltningsdomstolens dom den 1 oktober 2015 i mål 6331-14).

Överprövning av upphandling

En överprövning av en direktupphandling och en upphandling enligt ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan bara ske intill dess att avtal tecknats.

Om rätten fattat ett interimistiskt beslut får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal.

När kan överprövning av upphandling ske?

Den första tidpunkt då en överprövning av en upphandling är möjlig är den tidpunkt då upphandlingen påbörjas. En ansökan om överprövning kan dock inte riktas mot sådana åtgärder som endast utgör förstudier inför ett kontrakt eller som är rent förberedande. Det krävs istället en viljeyttring från den upphandlande myndigheten angående ett kontrakt. Att en myndighet inleder konkreta avtalsförhandlingar med en leverantör är ett exempel på en sådan viljeyttring (se EU-domstolens dom C-26/03 Stadt Halle).

Den sista tidpunkt då en annonserad upphandling kan överprövas är intill den tidpunkt då avtalsspärren löper ut.

När det gäller en direktupphandling eller en upphandling som föregåtts av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är överprövningen istället möjlig intill dess att avtal tecknas.

Vad krävs för bifall till en överprövning av upphandling?

För bifall till en överprövning av upphandling krävs:

- 1) att det förekommit ett upphandlingsfel, t.ex. att ett krav i förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna eller att en felaktig utvärdering gjorts av de inkomna anbuden, och
- 2) att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller riskerar att lida skada till följd av felet.

Om rätten kommer fram till att dessa båda förutsättningar är uppfyllda ska rätten besluta att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.

Överprövning av annonserad upphandling

Första instans - avtalsspärr och förlängd avtalsspärr

Den upphandlande myndigheten har i dessa fall upphandlat enligt något av LOU:s annonserade förfaranden. Sedan myndigheten annonserat upphandlingen och utvärderat anbud meddelas ett s.k. tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU vari myndigheten tillkännager till vem eller vilka man avser att tilldela kontrakt. När tilldelningsbeslutet meddelas börjar en avtalsspärr löpa på normalt tio dagar och under den tiden får kontrakt inte ingås.

Om en leverantör ger in en ansökan om överprövning till förvaltningsrätt inom denna frist inträder med automatik en s.k. förlängd avtalsspärr. Den innebär likaså förbud mot att ingå avtal. Den förlängda avtalsspärren löper till dess att förvaltningsrätten meddelar dom. Den förlängda avtalsspärren kan enligt 16 kap. 8 § andra stycket LOU dessförinnan upphävas genom ett beslut av förvaltningsrätten. Normalt fattas sådant beslut endast efter yrkande av den upphandlande myndigheten. Förvaltningsdomstolarna är dock mycket restriktiva med att fatta sådana beslut vid en överprövning av en annonserad upphandling. Ett beslut om upphävande av den förlängda avtalsspärren innebär att avtal omedelbart får ingås. I sin tur innebär det att leverantörens möjligheter att få upphandlingen överprövad omintetgörs. Åtgärden att häva en förlängd avtalsspärr kommer därför på fråga i rena undantagsfall.

Om förvaltningsrätten i dom beslutar att avslå ansökan om överprövning börjar en tiodagarsfrist löpa då myndigheten inte får ingå avtal. Rätten kan dock enligt 16 kap. 10 § sista stycket LOU förordna om att någon sådan frist inte ska löpa. Normalt fattas sådant beslut endast efter yrkande av den upphandlande myndigheten. På samma sätt som gäller för förlängd avtalsspärr vid annonserade upphandlingar brukar beslut om att någon tiodagarsfrist inte ska gälla endast komma på fråga i rena undantagsfall.

Överinstanserna – interimistiskt beslut

Om leverantören överklagar till kammarrätt och om avtal ännu inte träffats kan rätten på leverantörens yrkande fatta ett s.k. interimistiskt beslut. Det interimistiska beslutet har samma innebörd som den förlängda avtalsspärren (som alltså bara finns i första instans) och löper till dess att rätten skilt sig från målet eller dessförinnan beslutat att upphäva det interimistiska beslutet. Det krävs prövningstillstånd för att få målet prövat i kammarrätt och rätten fattar ofta interimistiska beslut för att kunna ta ställning till frågan om prövningstillstånd ska meddelas.

Kammarrättens avgörande kan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen. I princip samma regler som angetts ovan gäller vid ett sådant överklagande.

Överprövning av direktupphandling

Vid direktupphandling och vid lagens direktivstyrda förhandlade förfarande utan föregående annonsering finns som tidigare berörts inte någon avtalsspärr. Rätten till överprövning av upphandlingen avskärs när den upphandlande myndigheten ingår avtal. Efter det att avtal ingåtts finns istället möjlighet för leverantören att ansöka om överprövning av avtals giltighet. Beroende på omständigheterna kan på talan av leverantören även skadestånd enligt LOU aktualiseras.

Om en ansökan om överprövning ges in till förvaltningsrätten innan avtal ingåtts kan rätten på leverantörens yrkande fatta ett interimistiskt beslut, som innebär ett förbud mot att ingå avtal. Det löper på samma sätt som angetts ovan, dvs. till dess rätten skilt sig från målet eller dessförinnan upphävt beslutet.

En överprövning av upphandling kan i dessa fall gälla såväl frågan om direktupphandlingen är ett tillåtet förfarande i den aktuella upphandlingen som om den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i direktupphandlingen. Det sistnämnda kan t.ex. avse frågan om den upphandlande myndigheten följt de krav och villkor som den själv valt att ställa upp i direktupphandlingen.

Förvaltningsrättens dom kan överklagas enligt samma regler som angetts ovan beträffande annonserade upphandlingar.

Överprövning av avtals giltighet

Ett avtal som ingåtts efter en otillåten direktupphandling kan ogiltigförklaras av allmän förvaltningsdomstol. Under en sådan domstolsprocess kan rätten också interimistiskt besluta att avtalet inte får fullgöras. Ett otillåtet direktupphandlat avtal ska dock inte ogiltigförklaras om det finns tvingande skäl av allmänintresse som gör att det måste bestå.

Otillåten direktupphandling

Om den upphandlande myndigheten direktupphandlar ett avtal och om avtal ingås kan leverantören, som berörts ovan, inte längre ansöka om överprövning av upphandlingen. Leverantören kan istället ansöka om ogiltigförklaring av avtalet.

En ansökan ska enligt huvudregeln i 16 kap. 17 § LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Denna frist kan dock i två fall begränsas till 30 dagar, nämligen från det att

1. efterannonsering enligt 7 kap. 3 § LOU eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 § publicerats av Europeiska kommissionen, eller
2. den upphandlande myndigheten skriftligen underrättat anbudssökande/anbudsgivarna om att avtal slutits och lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 § LOU.

För bifall till en sådan ansökan krävs att domstolen funnit att direktupphandlingen utgjort en otillåten direktupphandling, t.ex. att alla förutsättningar för att kunna tillämpa undantaget för synnerlig brådska inte är uppfyllda. I det här fallet finns det alltså inget skaderekvisit utan frågan är endast om direktupphandlingen varit tillåten eller otillåten enligt LOU. En otillåten direktupphandling föreligger när en upphandlande myndighet anskaffar en vara, tjänst eller byggtreprenad utan föregående annonsering enligt LOU trots att det inte är tillåtet att genomföra anskaffningen utan ett annonserat upphandlingsförfarande. Som utvecklas nedan ska dock en sådan ansökan inte bifallas om det finns tvingande skäl av allmänintresse.

Ett bifall till en ansökan om överprövning av avtal innebär att avtalet ogiltigförklaras. Ogiltigförklaringen gäller retroaktivt, dvs. från dag ett. Det innebär att prestationerna måste gå åter mellan parterna. I sin tur kan det medföra risk för tvister och skadeståndsanspråk.

Under prövningen kan dessutom rätten enligt 16 kap. 16 § LOU interimistiskt besluta att myndigheten inte får nyttja avtalet. En intresseavvägning ska då göras mellan myndighetens behov av fortsatt leverans och leverantörens risk för skada.

Ett undantag finns dock om myndigheten före avtalstecknandet gjort en s.k. förhandsinsyn. Den innebär att myndigheten annonserar om sin avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering och tillämpar en avtalsspärr om tio dagar från det att annonsen om förhandsinsyn publicerades. Under en sådan annonseringstid har eventuellt intresserade leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen. Görs en sådan förhandsinsyn korrekt avskärs möjligheterna för leverantörer att ansöka om ogiltigförklaring av avtalet.

Avtal skrivs trots förbud att ingå avtal

En överprövning av upphandling kan inte ske när avtal ingåtts. Om en upphandlande myndighet skriver avtal trots att det pågår en domstolsprocess och det finns en förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § eller ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 9 § kan målet på leverantörens yrkande övergå till att avse ogiltigförklaring av avtal.

En talan om ogiltigförklaring är också möjlig om avtal skrivs i strid med bestämmelserna om avtalsspärr enligt 16 kap. 1 eller 3 §, en tiodagarsfrist efter domstolens avgörande enligt 16 kap. 10 § samt om avtal som slutits före det att en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § skickats ut.

En sådan ansökan prövas på samma sätt som en ansökan om överprövning av upphandling, dvs. för bifall krävs att myndigheten gjort ett upphandlingsfel och att leverantören lidit eller riskerar att lida skada av felet. Som utvecklas nedan ska dock en sådan ansökan inte bifallas om det finns tvingande skäl av allmänintresse.

I övrigt gäller samma regler som ovan, bl.a. att ansökan inte ska bifallas om det finns tvingande skäl av allmänintresse.

Tvingande skäl av allmänintresse

Om det finns tvingande skäl av allmänintresse ska ett avtal bestå även om det i övrigt fanns grund att ogiltigförklara det. I direktivens beaktandesatser och i de svenska förarbetena anges att dessa tvingande intressen ska avse ”exceptionella omständigheter”. Uttrycket är inte klart definierat men förekommer inom andra områden i unionsrätten och innebär där att hänsyn exempelvis kan tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa och dylikt (prop. 2009/10:180 s. 137 ff. och 362 ff.).

Om ett avtal som strider mot upphandlingsreglerna får bestå av tvingande skäl av allmänintresse ska istället en upphandlingsskadeavgift utgå. Den får avse högst tio procent av kontraktsvärdet, dock högst tio miljoner kronor. Den upphandlande myndigheten riskerar också skadeståndsanspråk från en leverantör. Det positiva kontraktshintet (förlorad handelsvinst) kan utgå om leverantören gör sannolikt att han skulle ha fått kontraktet om upphandlingsfelet inte gjorts.

Särskilt om interimistiska beslut

Vid bedömningen huruvida interimistiskt beslut ska meddelas i överprövning av direktupphandling bör, enligt Upphandlingsmyndighetens mening, en sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och en intresseavvägning göras. De överväganden som Högsta Förvaltningsdomstolen gjorde i HFD 2014 ref 13 har enligt Upphandlingsmyndighetens mening även giltighet i dessa fall.

Som berörts ovan kan förvaltningsdomstol vid överprövning av upphandling, normalt efter yrkande av den sökande leverantören, fatta interimistiskt beslut enligt 16 kap. 9 § LOU. Vid överprövning av avtals giltighet finns också denna möjlighet för förvaltningsdomstolen att fatta ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 16 § LOU.

De båda bestämmelsernas andra stycke är likalydande och innebär att rätten ska göra en intresseavvägning. Rätten ska avstå från att fatta ett interimistiskt beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra bedöms vara större än skadan för leverantören.

Det är, såvitt här är av intresse, möjligt att identifiera tre fall då interimistiska beslut kan aktualiseras, nämligen vid

1. beslut att avtal inte får ingås vid överprövning av upphandlingar enligt LOU:s annonserade förfaranden,
2. beslut att avtal inte får ingås vid överprövning av direktupphandlingar samt upphandlingar efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering och
3. beslut att avtal inte får fullgöras vid överprövning av avtals giltighet.

Beträffande 1) beslut att avtal inte får ingås vid överprövningar av upphandlingar enligt LOU:s annonserade förfaranden, är praxis låg för att meddela sådana beslut. En domstols möjlighet att överpröva en upphandling upphör i dessa fall när ett avtal sluts. Ett interimistiskt beslut under en pågående upphandling har ansetts vara ett sätt för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en prövning. Ett sådant beslut skiljer sig därigenom från ett beslut om inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) (se RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 samt SOU 2006:28 s. 296).

När det däremot gäller 3) beslut att avtal inte får fullgöras vid överprövning av avtals giltighet, är tröskeln enligt praxis betydligt högre för att meddela sådana beslut. Bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet infördes genom lagändringar år 2010, det vill säga efter de tidpunkter då Högsta

Förvaltningsdomstolen meddelade sina ovan nämnda avgöranden från år 2003 och 2005. Högsta Förvaltningsdomstolen har i HFD 2014 ref 13 slagit fast att ett interimistiskt yrkande i fråga om ett avtals ogiltighet i ett mål om offentlig upphandling ska prövas med ledning av 28 § förvaltningsprocesslagen. En bedömning av sannolikheten för bifall till talan vid en slutlig prövning och skadeavvägning ska således ske. Högsta Förvaltningsdomstolen anförde i sin dom bl.a. följande:

Möjligheten att överpröva giltigheten av ett avtal upphör emellertid inte vid någon viss tidpunkt. Det är alltså fråga om en annan situation än den som motiverade 2003 års avgörande. Den nu aktuella situationen föranleder snarare det slags överväganden som ska göras i fråga om beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen. För sådana beslut har det etablerats en praxis av innebörd att domstolen bl.a. har att göra en sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och beakta vilken betydelse det har för enskilda och allmänna intressen att verkställigheten av ett beslut skjuts upp (se Wennergren och von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar, 6 uppl. 2013, s. 259 ff.).

När det slutligen avser 2) beslut att avtal inte får ingås vid överprövning av direktupphandling och upphandling efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan följande anföras. Efter 2010 års lagändringar innebär inte det förhållandet att avtal ingås i dessa fall att leverantörens möjligheter till överprövning utsläcks. Denne har alltså möjlighet att ändra sin talan till att avse överprövning av avtals giltighet. Det saknas praxis i frågan om en intresseavvägning bör göras även i dessa fall. Enligt Upphandlingsmyndighetens mening finns det emellertid goda skäl för att de överväganden som Högsta Förvaltningsdomstolen gjorde i HFD 2014 ref 13 även bör ha giltighet vid interimistiska beslut avseende överprövning av direktupphandling och upphandling efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och intresseavvägning bör således även ske i dessa fall.

Exempel

För att tydligare visa den situation som den upphandlande myndigheten står inför har Upphandlingsmyndigheten tagit fram ett exempel. Exemplet visar på de olika förhållanden och val som den upphandlande myndigheten står inför och vilka beslut som måste tas vid mottagande av ensamkommande barn. I detta exempel åskådliggörs vilka frågeställningar som en kommun har beaktat för att komma fram till hur det nya behovet kan tillgodoses i upphandlingsrättsligt avseende.

Förutsättningar: Behov av hem för vård eller boende (HVB) för 20 ensamkommande barn som beräknas anlända inom kort.



1. Har kommunen befintliga ramavtal som täcker behovet?

Kommunen har ett ramavtal som avser HVB men samtliga platser som omfattas inom ramavtalet har redan tagits i anspråk.

2. Ska direktivstyrda eller nationella regler för upphandling tillämpas?

Kommunen bedömer att upphandlingsföremålet är hänförligt till CPV-koden för sociala tjänster med inkvartering. Det rör sig därmed om en B-tjänst och oavsett kontraktets värde så blir de nationella förfarandereglerna i 15 kap. LOU tillämpliga.

3. Överstiger kontraktets värde direktupphandlingsgränsen?

Om kontraktets värde understiger 505 800 kronor kan direktupphandling tillämpas utan vidare motivering med hänvisning till lågt värde. Kommunen bedömer att kontraktet kommer att överstiga direktupphandlingsgränsen.

4. Kan tidsfristerna i sedvanliga annonserade förfaranden upprätthållas?

För det akuta behovet – boende för de 20 ensamkommande barnen som anländer till kommunen - är det inte möjligt att tillämpa ett sedvanligt förfarande. Kommunen bedömer att behovet sträcker sig över lång tid och vill ingå ramavtal som kan täcka nya behov framöver. För ramavtalet är ett förenklat förfarande lämpligast och uppskattar att tiden som det bör ta innan platserna kan tas i bruk uppgår till flera månader. Ramavtalsupphandlingen med tillämpning av reglerna för förenklat förfarande påbörjas omgående.

5. Direktupphandling p.g.a. synnerlig brådska

Omständigheterna att det akuta behovet inte kunnat förutses, att tidsfristerna för annonserat förfarande inte bedöms kunna tillämpas, att den synnerliga brådskan inte är hänförlig till kommunen och att det bedöms absolut nödvändigt att tillgodose behovet omgående, utgör grund för kommunens bedömning att förutsättningarna för synnerlig brådska är uppfyllda. Upphandlingen genomförs därför som en direktupphandling.