

Bristfälliga uppgifter i meddelanden om frivillig förhandsinsyn

Många meddelanden om frivillig förhandsinsyn innehåller inte all den information som krävs enligt regelverket. Konkurrensverket uppmanar upphandlande myndigheter och enheter att lämna bättre information vid förhandsinsyn för att undvika att drabbas av onödiga överprövningar eller ogiltighet av ingångna avtal.

I och med ändringarna i LOU och LUF den 15 juli 2010 infördes en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att publicera *meddelanden om frivillig förhandsinsyn*. Förhandsinsyn kan användas när den upphandlande myndigheten eller enheten anser att den har rätt att göra ett inköp utan att genomföra en annonserad upphandling. De viktigaste följderna av en förhandsinsyn är följande:

1. Upphandlande myndigheter och enheter kan genom en korrekt genomförd förhandsinsyn undvika risk för ogiltigförklaring av avtal som ingåtts med leverantör utan föregående annonserad upphandling
2. Leverantörer kan genom att bevaka förhandsinsyner få kännedom om inköp som inte föregås av en annonserad upphandling, i syfte att kunna bedöma om en överprövning bör ske för att få prövat om avtalet verkligen inte behöver upphandlas enligt ordinarie annonseringsregler

Sist i detta dokument finns frågor och svar om förhandsinsyn.

Även vid en korrekt genomförd förhandsinsyn kan leverantörer begära skadestånd och Konkurrensverket ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling, det vill säga om den upphandlande myndigheten eller enheten inte hade rätt att upphandla det aktuella kontraktet utan föregående annonsering. Konkurrensverket går därför kontinuerligt igenom meddelanden om förhandsinsyn från svenska upphandlande myndigheter och enheter som publiceras i EU:s annonseringsdatabas TED och i de motsvarande svenska databaserna. Påfallande många av de förhandsinsyner som har publicerats under hösten 2010

innehåller inte alla de upplysningar som krävs. En förhandsinsyn som inte innehåller tillräcklig information kan få allvarliga konsekvenser för både den upphandlande myndigheten eller enheten som publicerat meddelandet och den leverantör som direkttilldelats det aktuella kontraktet.

Vilka uppgifter måste en förhandsinsyn innehålla?

Det gäller delvis olika bestämmelser om vad en förhandsinsyn ska innehålla beroende på om det aktuella inköpet omfattas av EU-direktiven och publiceras i TED, eller görs enligt 15 kap. LOU och LUF och publiceras i en svensk databas.

Förhandsinsyn i EU:s databas

För upphandlingar som omfattas av EU-direktiven, det vill säga upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5-9 §§ LOU eller 4 kap. 2-3 §§ LUF, ska förhandsinsynen publiceras i TED. Enligt artikel 3 a i direktiv 89/665 och 92/13 (rättsmedelsdirektiven) i dessas lydelse enligt direktiv 2007/66 (ändringsdirektivet) ska en sådan förhandsinsyn innehålla följande uppgifter:

1. Den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och kontaktuppgifter
2. En beskrivning av avtalets ändamål
3. En motivering av den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i TED
4. Namn och kontaktuppgifter avseende den eller de som tilldelats kontraktet
5. I förekommande fall andra uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten eventuellt anser vara användbara

I formuläret "Meddelande om frivillig förhandsinsyn" framgår det också vilka uppgifter som ska finnas med i en direktivstyrd förhandsinsyn.

(http://simap.europa.eu/docs/simap/pdf_jol/sv/sf_015_sv.pdf)

Förhandsinsyn i svenska databaser

Vid upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven, det vill säga vid direktupphandling med stöd av 15 kapitlet LOU/LUF, ska en annons om förhandsinsyn enligt 9 a § upphandlingsförordningen

(<http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/20071099.HTM>) innehålla följande uppgifter:

1. Den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och kontaktuppgifter
2. Föremålet för och värdet av kontraktet

3. Namn och kontaktuppgifter avseende den eller de som tilldelats kontraktet
4. Skälen till att upphandlingen inte har annonserats
5. De upplysningar i övrigt som är relevanta

Bristande motivering till varför upphandling utan föregående annonsering får ske
Många av uppgifterna som ska anges i förhandsinsynen är av mer formell karaktär, såsom namn- och kontaktuppgifter på avtalsparterna och vad som ska köpas in.

De allvarligaste bristerna som Konkurrensverket har iakttagit gäller emellertid motiveringen till varför myndigheten eller enheten anser att den har rätt att göra ett inköp utan upphandling enligt ordinarie annonseringsregler. En ofullständigt motiverad förhandsinsyn medför att leverantörer som har intresse av att få vara med och konkurrera om det aktuella kontraktet inte kan bedöma om en överprövning bör göras, eftersom leverantörerna i sådana situationer inte får den information som behövs. Detta kan leda till onödiga överprövningar i de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten faktiskt har rätt upphandla utan föregående annonsering, men skälen för det inte redovisats tillräckligt utförligt förrän i skriftväxlingen i domstolen.

Konkurrensverket vill påpeka att det som motivering inte räcker med att ange en eller flera paragrafer i LOU eller LUF, utan det måste även anges *vilka faktiska omständigheter i det konkreta fallet* som medför att myndigheten eller enheten anser att ett undantag i lagen får användas. Vid bedömningen om en tillräcklig motivering har lämnats i ett enskilt fall, bör den avgörande måttstocken enligt Konkurrensverket vara om rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer på den aktuella marknaden, genom att ta del av motiveringen och den övriga informationen i förhandsinsynen, bereds en reell möjlighet att ta ställning till om myndigheten eller enheten har rätt att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonserad upphandling eller inte. Ett uttryckligt syfte med förhandsinsynen är att ge leverantörer en effektiv möjlighet till domstolsprövning av inköp utan upphandling enligt ordinarie annonseringsregler.

Vad kan hända om en förhandsinsyn inte innehåller all nödvändig information?

Ett ingånget avtal får enligt 16 kap. 17 § LOU eller LUF inte ogiltigförklaras om myndigheten eller enheten genom förhandsinsyn har meddelat sin avsikt att upphandla och därefter har iakttagit avtalsspärren enligt 16 kap. 8 §. Enligt Konkurrensverkets bedömning kan det inte uteslutas att en upphandlande myndighet eller enhet som har publicerat en förhandsinsyn som inte innehåller tillräckliga uppgifter, ändå riskerar att drabbas av en överprövning i domstol där det ingångna avtalet ogiltigförklaras.

Enligt Konkurrensverket kan det dras vissa paralleller till regleringen i 9 kap. 9 § LOU och LUF om skyldigheten att motivera tilldelningsbeslut vid "vanliga" annonserade upphandlingar. Följden av ett alltför intetsägande tilldelningsbeslut är att någon avtalsspärr inte börjar löpa, och myndigheten eller enheten får då inte avsluta upphandlingen genom att ingå avtal (jfr prop. 2009/10:180 s 114 (<http://www.regeringen.se/content/1/c6/14/38/03/ba918059.pdf>) och prop. 2001/02:142 s 97 (<http://www.regeringen.se/content/1/c4/32/99/229b16c0.pdf>)). Leverantörer har möjlighet att med stöd av 16 kap. 15 § andra stycket LOU och LUF begära ogiltighet av avtal som ingåtts trots att någon avtalsspärr aldrig börjat löpa.

Skyldigheten enligt 9 kap. 9 § LOU och LUF att ge tillräckliga motiveringar i tilldelningsbeslut har ett motsvarande syfte som informationen i förhandsinsynen – att leverantörer ska kunna bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning. På ett likartat sätt som gäller vid bristfälligt motiverade tilldelningsbeslut, torde alltså den avtalsspärr vid förhandsinsyn som myndigheten eller enheten ska iaktta innan avtal får ingås, inte anses ha börjat löpa om uppgifterna i förhandsinsynen är otillräckliga. Denna tolkning får också anses följa av den EU-rättsliga regleringen rörande förhandsinsyn i direktiv 2007/66 (ändringsdirektivet).

Konkurrensverkets slutsatser

Konkurrensverket bedömer sammanfattningsvis att en bristfällig motivering i förhandsinsynen kan medföra att förbudet mot ogiltighet enligt 16 kap. 17 § inte träder in, det vill säga förhandsinsynens befriande verkan för myndigheten eller enheten uteblir.

Konkurrensverket uppmanar alla upphandlande myndigheter och enheter som avser att använda sig av förhandsinsyn att mycket noggrant och på ett fullständigt sätt fylla i alla uppgifter som krävs. Detta gäller särskilt motiveringen till varför myndigheten eller enheten anser att den får göra inköpet utan upphandling enligt ordinarie annonseringsregler. Genom att fylla i alla uppgifter och ge en tillräckligt utförlig motivering kan upphandlande myndigheter och enheter undvika både onödiga överprövningar och risken för att drabbas av ogiltighet av ingångna avtal.

Frågor och svar om förhandsinsyn

Vad är förhandsinsyn?

Svar: Förhandsinsyn är ett frivilligt meddelande där den upphandlande myndigheten eller enheten öppet tillkännager att den anser att den har rätt att upphandla ett kontrakt utan föregående annonsering och därför inte tänker annonsera den aktuella upphandlingen. Något tillspetsat kan förhandsinsyn alltså beskrivas som en annons om avsikten att inte annonsera.

Förhandsinsyn ska inte blandas ihop med förhandsannonsering.

Måste man använda förhandsinsyn?

Svar: Nej, det är frivilligt för upphandlande myndigheter och enheter.

När kan förhandsinsyn användas?

Svar: Förhandsinsyn kan användas om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att den får upphandla utan föregående annonsering (4 kap 5-9 §§ LOU respektive 4 kap 2-3 §§ LUF) eller direktupphandla (15 kap 3 § andra stycket LOU och LUF) på grund av att det föreligger någon undantagssituation, t.ex. synnerlig brådskande eller tekniska skäl, eller om kontraktsvärdet understiger direktupphandlingsgränsen.

Förhandsinsyn kan dock inte användas om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att den aktuella kontraktstypen inte omfattas av upphandlingsplikt över huvud taget, t.ex. om det är fråga om ett hyresavtal eller fastighetsköp (bl.a. 1 kap 6 § LOU eller 1 kap 19 § LUF).

Hur går förhandsinsyn till?

Svar: Förhandsinsynen ska publiceras på motsvarande sätt som sedvanliga upphandlingsannonser, det vill säga i TED om det är fråga om en upphandling som omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv, och i en allmänt tillgänglig nationell databas om det är fråga om en upphandling under tröskelvärdena eller avseende B-tjänster. Förhandsinsynen ska bland annat innehålla uppgifter om vilken leverantör som myndigheten eller enheten planerar att tilldela kontraktet till och en motivering till varför kontraktet inte behöver föregås av en annonserad upphandling.

En avtalsspärr om tio dagar löper efter publiceringen av förhandsinsynen. Under denna period kan andra leverantörer bevaka annonsen och begära överprövning av upphandlingen. Under denna period får avtal inte tecknas mellan myndigheten eller enheten och leverantören. En förhandsinsyn förutsätter alltså att avtalet med leverantören ännu inte har ingåtts.

Vad blir konsekvenserna av en korrekt genomförd förhandsinsyn?

Svar: Om ingen ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten innan avtalsspärren har löpt ut, kan upphandlingen inte överprövas och avtalet kan inte heller ogiltigförklaras. Detta gäller under förutsättning att myndigheten eller enheten har iakttagit avtalsspärren och inte ingått avtalet innan spärren har löpt ut. Genom att öppet tillkännage sin avsikt att upphandla utan något annonserat upphandlingsförfarande och därefter iaktta en avtalsspärr kan upphandlande myndigheter och enheter alltså undvika att riskera ogiltigförklaring av ingångna avtal.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten ingår ett avtal trots att den inte hade rätt att direktupphandla/upphandla utan föregående annonsering (så kallad

otillåten direktupphandling) kan en upphandlingsskadeavgift dömas ut efter ansökan av Konkurrensverket, även om en förhandsinsyn har genomförts på ett korrekt sätt. Förhandsinsynen utestänger inte heller möjligheten för leverantörer att begära skadestånd i allmän domstol om denne anser sig ha lidit skada av en otillåten direktupphandling.

Vilka regler i lagarna styr förhandsinsynen?

Svar: Bestämmelser om förhandsinsyn finns i 7 kap 4 § LOU och 7 kap 7 § LUF när det gäller upphandlingar som omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv. Om det är fråga om en upphandling avseende B-tjänster eller upphandling under tröskelvärdena (det vill säga icke direktivstyrda upphandlingar) finns bestämmelserna om förhandsinsyn i 15 kap 5 a § LOU och LUF.

Regler om avtalsspärren vid förhandsinsyn finns i 16 kap 8 § LOU och LUF för både direktivstyrda och icke direktivstyrda upphandlingar.

Regler om vilken information en förhandsinsyn i en direktivstyrd upphandling måste innehålla finns i artikel 3 a i direktiv 89/665 och 92/13 (rättsmedelsdirektiven) i dessas lydelse enligt direktiv 2007/66 (ändringsdirektivet). Vid upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven, det vill säga vid direktupphandling med stöd av 15 kapitlet LOU/LUF, anges det i 9 a § upphandlingsförordningen vilken information en sådan förhandsinsyn måste innehålla.