

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08—545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Finansdepartementet

Remissyttrande R 15-05
2015-12-01

Dnr. Fi2015/04884/UR

Ang. promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar, dnr Fi2015/04844/UR

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt tidigare konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan inrättandet 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen lämnar även yttranden i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling och har nyligen yttrat sig angående nya lagar om upphandling (SOU 2014:51 och Ds 2014:25), lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69) och nya regler för överprövning av upphandlingsmål (SOU 2015:12).

I yttrandet anges hänvisningar till den befintliga lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som LOU, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster som LUF och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som LUFs. Vidare anges förslaget till ny lag om upphandling av koncessioner som LUK.

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget i sin helhet, eftersom det riskerar försämra möjligheten för leverantörer att beviljas interimistiska beslut utan att för den skull medföra någon motsvarande förbättring av upphandlingsprocessen. Förslaget saknar även relevans för upphandlande myndigheters möjligheter att tillgodose akuta behov i anledning av den aktuella flyktingsituationen, eftersom detta redan kan ske inom ramarna för redan befintligt regelverk.

Någon lagändring i enlighet med förslaget fordras således inte för att uppnå det uppgivet eftersträfvade syftet. Lagändringsförslaget synes istället närmast vara ett illa maskerat sätt att med åberopande av den nuvarande exceptionella flyktingsituationen försvåra möjligheterna i allmänhet för leverantörer att få sin sak prövad i ett överprövningsförfarande om offentlig upphandling.

YTTRANDE

Av promemorian framgår att ändamålet med förslaget är att underlätta myndigheternas arbete i den rådande flyktingsituationen. Frågan om interimistiska besluts påverkan på upphandlingen av flyktingboende har väckts av Migrationsverket som tydligen anser sig förhindrat av nuvarande bestämmelser att på ett effektivt sätt direktupphandla boendeplatser för flyktingar.

Det kan noteras att förslaget presenteras i nära anslutning till EU-kommissionens meddelande om regler för offentlig upphandling i samband med den aktuella flyktingkrisen, KOM(2015)454. Av detta meddelande framgår tydligt att upphandlingsbestämmelserna *inte hindrar* de ansvariga myndigheterna att tillgodose de mest omedelbara behoven hos asylsökande vid nuvarande exceptionella förhållanden.

Det kan således konstateras att vägledning redan givits avseende upphandlande myndigheters möjlighet att använda sig av exempelvis förhandlade förfaranden utan föregående annonsering samt att dessa förfaranden kan tillämpas under rådande och liknande förhållanden med bl.a. en oväntad ökning av asylsökande flyktingar. Någon lagändring fordras således inte av dessa angivna skäl.

Konkurrenskommissionen kan mot denna bakgrund heller inte i övrigt se att det finns skäl att permanent ändra bestämmelserna om interimistiska beslut. Den föreslagna åtgärden framstår som oproportionerlig i förhållande till de påstådda problem som den avser att åtgärda.

Konkurrenskommissionen menar att det nuvarande systemet med interimistiska beslut innefattar en väl fungerande avvägning mellan motstridande berörda intressen och vill i detta sammanhang framhålla att bestämmelserna är fakultativa och således inte medför någon skyldighet för rätten att fatta ett interimistiskt beslut. Redan häri ligger det således en tröskel mot beviljande av interimistiska beslut om sakliga skäl skulle tala mot det.

Det kan även tilläggas att ett interimistiskt beslut endast innebär en tillfällig åtgärd i avvaktan på ett slutligt ställningstagande i målet och kan när som helst omprövas av rätten, se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2010 i mål 5211-10; jfr. även RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17.

Vidare framgår av art 2.5 i det s.k. första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG)¹ att domstol får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och vid en skadeavvägning, besluta att inte bevilja framställan om interimistiskt förbud. Detta medför att rätten redan idag har att väga in sådana omständigheter som promemorian nu föreslagit – se prop. 1992/93:88, s. 102 samt jfr. prop. 2006/07:128, s. 152. Den föreslagna lagändringen framstår därmed som omotiverad.

Det kan tilläggas att EU-domstolen i målet *CS Communications & Systems Austria* (C-424/01) EU:C:2003:213 funnit att unionsrätten inte medför hinder för en domstol att vid interimistisk prövning i mål om överprövning väga in bl.a. utsikterna till bifall i huvudmålet, så länge detta inte medför att utövandet av de rättigheter som följer av unionsrätten blir i praktiken omöjligt eller orimligt svårt.

¹ Läs bestämmelsen i dess lydelse enligt det s.k. ändringsdirektivet (2007/66/EG).

Domstolen ska därmed redan nu göra en sannolikhetsavvägning inom ramarna för en interimistisk prövning enligt såväl 16 kap. 9 § som 16 § LOU, vilken även återspeglas i nationell rättstillämpning - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 5 december 2014 i mål 6143-14 och dom av den 15 oktober 2015 i mål 4672-15 samt jfr Kammarrätten i Jönköpings dom av den 24 mars 2015 i mål 818-15. Det är således enligt gällande rätt möjligt för en domstol att avslå ett interimistisk yrkande för det fall att talan exempelvis är uppenbart ogrundad. Någon lagändring med denna innebörd behövs inte.

Migrationsverkets situation beskrivs som unik. Verket har i uppgift att på kort tid upphandla asylboenden för flyktingar som behöver tak över huvudet. Det är allmänt känt att behovet är trängande. Migrationsverket har då tagit in anbud från ett antal leverantörer utan vederbörlig annonsering samt träffat avtal med någon av dem. I upphandlingslagen finns stöd för detta förfarande om den upphandlande myndigheten kan visa att synnerlig brådska föreligger. Uppenbarligen har emellertid någon överklagat verkets beslut och begärt interimistiskt beslut och ärendet därför fördröjts. Verket önskar därför att möjligheten till interimistiskt förbud ska stoppas eller försvåras.

Som nämnts behövs emellertid inte några speciella bestämmelser för att åstadkomma vad verket önskar. Verket bör redan i sin anbudsförfrågan redogöra för bakgrunden till upphandlingen nämligen att den är synnerligen brådska eftersom det gäller asylboenden för ett stort antal flyktingar som saknar tak över huvudet. Om då någon överklagar upphandlingen borde en domstol med tillämpning av gällande regler avslå ett sådant yrkande.

Såsom förslaget har utformats går det långt utöver vad som kan vara relaterat till Migrationsverkets påtalade problem och är istället närmast ägnat göra utövandet av de rättigheter som följer av unionsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt på ett sätt som inte är förenligt med unionsrätten. Den föreslagna lagändringen riskerar nämligen inte endast att motverka leverantörernas *legitima* möjligheter att få verkställigheten av en tilldelning stoppad, utan även att försvåra leverantörernas berättigade möjlighet att få sina mål prövade i högre instans.

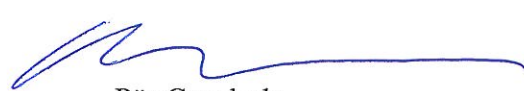
Förutsatt att förslaget genomförs skulle detta innebära att upphandlingsavtal forceras med den följden att leverantörernas intresse och rätt till överprövning i motsvarande mån undergrävs.

Konkurrenskommissionen ställer sig vidare frågande till nyttan av att införa de föreslagna ändringarna inte endast i LOU utan även i LUF, LUFs och LUK. De senare upphandlingslagarna kommer knappast i fråga för att tillgodose behov av flyktingboenden.

Det aktuella förslaget synes i ljuset av det ovan anförda närmast vara ett illa maskerat sätt att med åberopande av den nuvarande exceptionella flyktingsituationen permanent försvåra möjligheterna för leverantör att få sin sak prövad i ett överprövningsförfarande. Förslaget avstyrks därför i sin helhet.

KONKURRENSKOMMISSIONEN


Inger Ridderstrand Linderöth
/ordförande/


Pär Cronhult
/föredragande