

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-01-19

**Närvarande:** F.d. justitieråden Severin Blomstrand och Annika Brickman samt justitierådet Agneta Bäcklund.

### **Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar**

Enligt en lagrådsremiss den 18 december 2015 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
3. lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
4. lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling,
5. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, och
6. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunnige Mats Rundström.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

I remissen föreslås likalydande ändringar i lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Likalydande ändringar föreslås även i de till Lagrådet remitterade förslagen till nya lagar på området. Ändringarna utgörs av ett tillägg till reglerna om interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet. Tillägget innebär att rätten, vid sin bedömning av om den ska fatta ett interimistiskt beslut, ska ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Lagförslaget uppges vara föranlett av den rådande flyktingsituationen, då ett stort antal direktupphandlade platser för tillfälligt asylboende inte har kunnat utnyttjas därför att domstolar har förordnat att upphandlingarna inte fått avslutas i avvaktan på den rättsliga prövningen.

Varken i den remitterade promemorian eller i lagrådsremissen har redovisats någon närmare undersökning av de återopade interimistiska besluten. I samband med föredragningen har Lagrådet fått följande upplysningar.

Inför arbetet med den promemoria som låg till grund för lagstiftningsarbetet hämtades domstolsavgöranden in som Migrationsverket återopat och en redogörelse för omständigheter omkring dessa. Sammanfattningsvis framkom att Migrationsverket 2013 gjorde en stor ramavtalsupphandling som inhiberades. Hösten 2015 låg målet i Högsta förvaltningsdomstolen, fortfarande inhiberat efter två år. För att hantera de behov som fanns hade verket under tiden delat upp anskaffningsbehovet i flera delar som direktupphandlades. Även dessa begärdes överprövade och inhiberades. I överprövningarna

förordnade domstolarna regelmässigt att avtal inte fick slutas innan prövningen hade avslutats. Därför gjorde verket skyndsamma direktupphandlingar och tecknade avtal direkt med dem som vann de direktupphandlingar som föregick dessa. Det innebär att verket har genomfört upphandlingar i tre stadier för samma anskaffning. Totalt har detta genererat ett hundratal processer. Ett stort antal platser fanns således att tillgå men verket hade på grund av domstolsprocesserna inte möjlighet att utnyttja dem. Att fler upphandlande myndigheter och enheter ser motsvarande problematik som kommit fram kring Migrationsverket bekräftas av remissutfallet.

Den föreslagna lagändringen motiveras alltså i huvudsak med omständigheterna vid en ramavtalsupphandling och följderna av den. Det är inte känt för Lagrådet på vilken grund besluten fattades i detta fall. Inte heller framgår det på vilken grund inhibitionsbeslut i allmänhet har fattats eller hur länge de har brukat gälla. I avsaknad av besked i dessa hänseenden kan Lagrådet inte bedöma behovet av lagstiftningsåtgärder. Ett antal remissinstanser, bl.a. Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten har också ifrågasatt behovet av lagändringen.

I remissen sägs att lagförslagen är avsedda att vara ett förtydligande utan någon ändring av rättsläget. Det är svårt att förstå att förslagen i så fall kan få den eftersträvade effekten att allmänt underlätta genomförandet av brådskande upphandlingar.

I själva verket förefaller det vara så att förslagen syftar till en ändrad rättstillämpning som leder till att färre interimistiska beslut meddelas. För att det syftet ska uppnås krävs en reglering som anvisar just en annan rättstillämpning än den nuvarande. Lagrådet noterar i det sammanhanget att 16 kap. 14 § lagen om offentlig upphandling föreskriver – för en annan situation – att, om det finns tvingande hänsyn

till ett allmänintresse, rätten ska besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

I remissen skymtar tanken att lagändringen ska leda till att den upphandlande myndighet som är part i målet mer utförligt än för närvarande argumenterar i inhibitionsfrågan och åberopar de omständigheter som talar för att allmänintresset ska tillgodoses. En sådan tanke kan förverkligas på annat sätt än genom den föreslagna lagändringen. Lagförslaget är föranlett av den rådande flyktingsituationen. En adekvat åtgärd kan då vara att utbilda dem som företräder Migrationsverket om de processuella förutsättningarna i målen.

Lagrådet avstyrker att remissens lagförslag läggs till grund för lagstiftning.

Beträffande den föreslagna lagtexten vill Lagrådet tillägga följande.

Enligt andra stycket i paragrafernas nu gällande lydelse ska rätten avstå från att besluta om inhibition, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören. Den leverantör som åsyftas måste vara den som har begärt överprövning och hans skada ska alltså vägas mot skador eller olägenheter som andra skulle drabbas av, om inhibition beslutades. Vilken skada för leverantören som avses framgår inte av lagtexten. I det föreslagna tredje stycket föreskrivs att rätten ska ta hänsyn till bl.a. övriga berörda intressen av det som upphandlas. Enligt författningskommentaren tar detta sikte främst på förlorande och vinnande leverantörer. Lagrådet ifrågasätter att avvägningen enligt andra stycket kan avse en skada som har att göra med leverantörernas intresse av det som upphandlas.

I lagtexten anges att rätten ska "ta hänsyn till det som tillförts målet". Med uttrycket ska markeras att rättens utredningsskyldighet inte ändras i förhållande till vad som framgår av rättsfallet RÅ 2009 ref. 69. Formuleringen säger emellertid ingenting om rättens utredningsskyldighet; även det som rätten tillför målet omfattas av uttrycket och det ger inget svar på frågan när rätten ska tillföra målet någonting.

Om rättens utredningsskyldighet i upphandlingsmål ska lagregleras i enlighet med rättsfallet, bör det inte göras i en bestämmelse om interimistiska beslut utan med den generella tillämpning som Högsta förvaltningsdomstolen har avsett.