Stockholm den 30 november 2015

R-2015/2003

Till Finansdepartementet

Fi2015/04884/UR

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 22 oktober 2015 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar.

1. Inledning

Promemorian syftar till att underlätta myndigheternas arbete i den rådande flyktingsituationen. Detta ska ske genom att förtydliga bestämmelserna om interimistiska beslut vid såväl överprövning av upphandling, som överprövning av avtals giltighet. Lag-bestämmelserna anges vidare göras mer direktivnära, genom att användarnas intressen ska beaktas vid skadeavvägningen.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget i dess nuvarande lydelse när det gäller överprövning av upphandling och avstyrker förslaget i sin helhet när det gäller överprövning av avtals giltighet.

2. Kommentar till promemorian

2.1 Skadeavvägning vid interimistiska beslut (promemorians avsnitt 3)

2.1.1 Interimistiskt beslut vid överprövning av upphandling

(nuvarande 16 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt motsvarande bestämmelse i de andra lagarna och kommande 20 kap. 9 § i nya lagen (0000:000) om offentlig upphandling samt motsvarande bestämmelse i de andra kommande lagarna).

Advokatsamfundet noterar att promemorian, med hänsyn till det beskrivna syftet om den rådande flyktingsituationen, i vart fall primärt synes ta sikte på en ändring av reglerna om interimistiska beslut vid direktupphandlingar och förhandlade förfaranden utan föregående annonsering. Detta primära syfte kan dock inte utläsas av den föreslagna lagtexten och riskerar leda till oklarheter och tillämpningssvårigheter, när det gäller frågan om i vilka situationer sådan hänsyn ska tas. Advokatsamfundet har ingen erinran mot att hänsyn tas i situationer som står utanför upphandlande myndigheters/enheters kontroll, såsom den rådande flyktingsituationen. Ett förtydligande tillägg bör därför göras till den föreslagna lagtexten.

Advokatsamfundet avstyrker därför förslaget i dess nuvarande lydelse.

Advokatsamfundet föreslår följande tillägg till den föreslagna lagtexten. Förslag i kursiv text.

Vid direktupphandling och förhandlat förfarande utan föregående annonsering grundade på synnerlig brådska ska rätten vid bedömningen ta hänsyn till [osv. enligt förslaget].

2.1.2 Interimistiskt beslut vid överprövning av avtals giltighet

(nuvarande 16 kap. 16 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt motsvarande bestämmelse i de andra lagarna och kommande 20 kap. 16 § i nya lagen (0000:000) om offentlig upphandling samt motsvarande bestämmelse i de andra kommande lagarna).

Mot bakgrund av HFD 2014 ref. 13 och den restriktiva hållning till beviljande av intermistiska beslut avseende fullgörande av avtal som däri framkommit och som utgör gällande rätt, ser inte Advokatsamfundet att något behov av den föreslagna ändringen föreligger. Därtill är det så att även om yrkande om interimistiskt beslut avslås, fortsätter prövningen av målet avseende avtalets giltighet. Domstolen kan i målet slutligen komma att förklara avtalet ogiltigt, varvid förmögenhetsläget ska återställas. Om domstolen i stället förklarar att avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (se 16 kap. 14 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt motsvarande bestämmelse i de andra lagarna), uppkommer en obligatorisk skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift (se 17 kap. 1 § andra punkten lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt motsvarande bestämmelse i de andra lagarna).

Advokatsamfundet avstyrker därför förslaget. Om en ändring ska ske bör regeln anpassas efter de principer som kommer till utryck i HFD 2014 ref. 13.

2.2 Konsekvenser (promemorians avsnitt 5)

Advokatsamfundet har inte noterat att antalet mål med interimistiska beslut är särskilt stort. Tvärtom är det få mål sedan reglerna om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr infördes och efter att HFD 2014 ref. 13 meddelades.

De flesta direktupphandlingar och förhandlade förfaranden på grund av synnerlig brådska, blir inte föremål för en ansökan om överprövning av upphandling. Detta eftersom avtal normalt tecknas snabbt. Den möjlighet som då kvarstår när det gäller rättsmedel för en leverantör, är överprövning av avtals giltighet och skadestånd.

Vidare kan ett avtal som tecknats efter ett avslag på ett interimistiskt yrkande i en överprövning av upphandling ändå bli föremål för en överprövning, nämligen en överprövning av avtalets giltighet. De sistnämnda målen kommer troligen att öka, varvid de föreslagna ändringarna därför inte torde leda till snabbare eller mer koncentrerade processer, utan snarare till fler ogiltighetsmål.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg