

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-03-04

**Närvarande:** F.d. justitieråden Leif Thorsson och Marianne Eliason samt justitierådet Agneta Bäcklund.

### **Direktupphandling**

Enligt en lagrådsremiss den 13 februari 2014 (Socialdepartementet) 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.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Rickard Falkendal.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

## Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

### 15 kap. 3 §

I remissen föreslås att det ska införas en ny bestämmelse om att den upphandlande myndigheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling. En liknande bestämmelse har tidigare funnits i lagen men den upphävdes genom SFS 2010:571. Enligt den bestämmelsen skulle dock riktlinjer beslutas endast "vid behov". Vid bestämmelsens införande angavs i författningskommentaren endast att riktlinjerna borde innehålla närmare beloppsgränser för den upphandlande myndigheten (prop. 2006/07:128 s. 429). Skälet till att bestämmelsen upphävdes var att behovet av riktlinjer ansågs minska i och med att beloppsgränser och vissa beräkningsregler fastslogs i upphandlingslagarna (prop. 2009/10:180 s. 292).

Förslaget väcker på nytt frågan om riktlinjers konstitutionella karaktär. Är det normbeslut, dvs. beslut om generella föreskrifter, eller förvaltningsbeslut? Om riktlinjerna ska anses vara föreskrifter enligt 8 kap. regeringsformen krävs ytterligare överväganden, bl.a. måste ställning tas till möjligheterna till direktdelegation från riksdagen till kommunerna (numera 8 kap. 9 § regeringsformen), där rättsläget möjligen förändrats efter 2010 års ändringar (se bl.a. Ulrik von Essen i Förvaltningsrättslig tidskrift 2009 s. 117 ff. och Erik Holmberg m.fl., Grundlagarna, 3 u., s. 373 f.). Vidare måste observeras att begreppet "upphandlande myndighet" i den nu aktuella lagen omfattar också vissa offentligt styrda organ (2 kap. 19 §), till vilka det över huvud taget inte kan delegeras någon rätt att meddela föreskrifter.

Lagrådet har tidigare uppehållit sig vid frågan om begreppet "riktlinjer", se t.ex. Lagrådets yttranden i prop. 1976/77:123 s. 349 ff. och 1995/96:31 s. 87 ff. Begreppet har också uppmärksammat av

Lagrådet i den nyligen behandlade remissen En enklare planprocess (Lagrådets yttrande den 26 februari 2014).

Begreppet riktlinjer förekommer i vissa lagar. Av intresse är vem riktlinjerna riktar sig till. Är det enbart fråga om rent interna handlingsregler har det ansetts vara fråga om förvaltningsbeslut (se t.ex. 8 kap. 1 och 5 §§ kommunallagen [1991:900]; jfr Lagrådets yttrande i prop. 2011/12:172 s. 75). I sammanhanget bör dock nämnas att även föreskrifter som i vart fall en statlig myndighet riktar till den egna personalen anses vara författning, dvs. rättsregler som i 8 kap. regeringsformen betecknas som föreskrifter (se prop. 1975/76:112 s. 67 f. och 2 § lagen [1976:633] om kungörande av lagar och andra författningar).

I lagrådsremissen sägs bl.a. att riktlinjerna kan vara ett värdefullt sätt att ta tillvara konkurrensen och särskilt beakta småföretagens perspektiv samt att det i riktlinjerna tydligt ska anges kriterier för när konkurrensen ska utnyttjas genom att annonsera eller konkurrensutsetta upphandlingen. Detta tyder på att riktlinjerna, även om de vänder sig till den egna personalen, kommer att få direkt betydelse för enskilda företag.

Frågan om riktlinjernas rättsliga karaktär – och om behovet av bestämmelsen över huvud – bör övervägas ytterligare i det fortsatta beredningsarbetet.

Den föreslagna bestämmelsen har placerats som en ny andra mening i andra stycket. Om den behålls, bör det observeras att – som framkom vid föredragningen – den ska avse båda de former av direktupphandling som behandlas i stycket, alltså såväl vid kontraktvärde under en viss nivå relaterad till tröskelvärde som t.ex. när det finns synnerliga skäl (första respektive andra meningen i nu gällande

3 §). Den nya bestämmelsen borde därför placeras sist i stycket som en ny tredje mening.

Förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

15 kap. 3 §

Se vad som anförts ovan om förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.

Förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

15 kap. 3 §

Se vad som anförts ovan om förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.