

En utvecklad reglering av upphandlingstillsynen – några tankar

av Viktor Robertson och Karolina Kjellberg*

Konkurrensverket har i en promemoria av den 1 juli 2019 föreslagit ändringar i upphandlingslagstiftningen och Konkurrensverkets instruktion, vilka syftar till att uppnå en utvecklad reglering av Konkurrensverkets tillsyn över offentlig upphandling. I denna artikel går juristerna Viktor Robertson och Karolina Kjellberg, Advokatfirman Kahn Pedersen, igenom delar av förslagen och remissynpunkter på dessa samt redovisar synpunkter på potentiella effekter om de skulle genomföras i sin nuvarande form.

1. Bakgrund

Konkurrensverket har på eget initiativ utarbetat och lämnat över en promemoria till Finansdepartementet med förslag på hur Konkurrensverkets tillsyn över offentlig upphandling kan förbättras. Av promemorian framgår att syftet med förslagen är att Konkurrensverkets tillsyn och verktyg för att säkerställa efterlevnaden av upphandlingslagstiftningen ska effektivieras och därmed bidra till, framför allt, en högre kvalitet i offentliga upphandlingar.

I dagsläget är Konkurrensverkets tillsynsverksamhet nämligen begränsad till att antingen ansöka om upphandlingsskadeavgift, i de fall skyldigheten att annonsera en upphandling åsidosatts, eller att fatta tillsynsbeslut. Historiskt sett kan tillsynsbesluten dock konstateras ha

* Biträdande juristerna Viktor Robertson och Karolina Kjellberg, båda på Advokatfirman Kahn Pedersen, en specialistbyrå inom offentlig upphandling.

haft en begränsad handlingsdirigerande effekt. Konkurrensverket anser därför att de nuvarande möjligheterna till ingripanden mot överträdelser av upphandlingslagstiftningen inte är tillräckliga för att myndigheten ska kunna bidra till en effektiv offentlig upphandling.

Konkurrensverket menar att myndighetens tillsynsmöjligheter och verktyg behöver kompletteras för att uppnå större effektivitet, enhetlighet och tydlighet. Enligt Konkurrensverkets mening skulle avsaknaden av en sådan komplettering av de rättsliga ramarna för tillsynen som promemorian innebär, riskera att leda till att den offentliga upphandlingen blir ineffektiv och att syftena med upphandlingslagstiftningen går förlorad.

Sedan Konkurrensverket publicerade promemorian har Finansdepartementet remitterat förslaget. Sammanlagt har 59 offentliga myndigheter och organisationer, borträknat privata rättssubjekt, inkommit med remissvar.¹ Flera av svaren innehåller intressanta synpunkter och diskussioner angående Konkurrensverkets förslag. Med denna artikel vill vi bidra till den allmänna diskussionen genom att presentera några av de tankar och synpunkter kring Konkurrensverkets förslag som vi tog upp inom ramen för vårt remissvar.²

2. Genomgång av och tankar kring Konkurrensverkets förslag

2.1 Förslaget om att utöka Konkurrensverkets möjligheter till ingripande

Förslagets innehåll

I promemorian föreslår Konkurrensverket att myndigheten dels ska få befogenhet att meddela sådana förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas, dels att sådana förelägganden och förbud ska kunna förenas med viten. Därtill ska Konkurrensverket kunna bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud ska gälla omedelbart.

¹ <https://www.regeringen.se/remisser/2019/10/remiss-av-konkurrensverkets-promemoria-med-forslag-till-utvecklad-reglering-av-upphandlingstillsynen/>, läst 2020-04-15.

² <https://kahnpedersen.se/wp-content/uploads/2020/02/Remissyttrande-Konkurrensverkets-promemoria-med-forslag-till-utvecklade-regler-om-upphandlingstillsynen.pdf>.

Förslagen innebär i korthet att Konkurrensverket i framtiden ges kraftigt utökade möjligheter att ingripa mot vad Konkurrensverket anser är fel i pågående upphandlingar, och att myndigheten även ges möjlighet att t.ex. förbjuda en upphandlande myndighet att i framtiden tillämpa en viss utvärderingsmodell som Konkurrensverket anser är problematisk. Om förslagen genomförs innebär det att Konkurrensverket i framtiden kommer att ha en i det närmaste obegränsad möjlighet att ingripa mot alla företeelser som, enligt Konkurrensverkets uppfattning, är felaktiga och som förekommer inom offentliga upphandlingar, istället för att som i dagsläget primärt fokusera på fall av otillåtna direkttilldelningar.

Nedan följer några allmänna synpunkter på förslagens innebörd och potentiella följder.

Förslaget innebär att nuvarande ordning åsidosätts

Inledningsvis kan det konstateras att ett system med förelägganden och förbud med tillhörande viten är främmande för upphandlingslagstiftningen. Detta i sig är inte särskilt märkligt med tanke på att Konkurrensverket nu föreslår att ett sådant system ska införas. Enligt vår mening bör det dock i detta sammanhang särskilt påminnas om att det i dagsläget som huvudregel är leverantörer som har möjligheten att komma till rätta med formella upphandlingsfel genom att ansöka om överprövning.

Synsättet att det primärt är leverantörer som ska anmärka på eventuella fel inom ramen för upphandlingar följer inte bara av möjligheterna att ansöka om överprövning, utan även av bestämmelserna om möjligheten för leverantörer att ansöka hos domstol om ogiltighet av avtal. Konkurrensverket är nämligen under den tid som en leverantör har tillgång till dessa rättsmedel förhindrat att ansöka om upphandlingsskadeavgift hos allmän förvaltningsrätt.

Det kan alltså konstateras att Konkurrensverkets förslag riskerar att ändra den nuvarande ordningen där det är leverantörer, och inte statliga myndigheter, som i första hand ska agera om det förekommer fel i upphandlingar.

I detta sammanhang bör det även ifrågasättas om det finns ett faktiskt behov av ökad tillsyn, vilket möjligen skulle kunna motivera förslaget att ge Konkurrensverket utökade befogenheter. Detta skulle t.ex. vara fallet om det visat sig att leverantörskollektivet inte använder sig av möjligheten att ansöka om överprövning och på så sätt inte agerar

mot eventuella fel i upphandlingar. Så verkar dock inte verkligheten se ut. Istället tyder utredningar på området på att leverantörskollektivet faktiskt utnyttjar möjligheten att ansöka om överprövning i de fall det anses befogat.³ Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om inte leverantörskollektivets ”tillsyn” av upphandlingar i dagsläget är tillräcklig, och om det verkligen finns ett faktiskt behov av att ge Konkurrensverket utökade befogenheter.

Upphandlande myndigheter riskerar bli mer försiktiga

Om Konkurrensverket ges utökade befogenheter finns det, enligt vår mening, även en risk att det i förlängningen inkräktar på upphandlande myndigheters rätt att, inom ramen för de grundläggande principerna, själva bedöma hur upphandlingar ska utformas i syfte att tillvarata myndigheternas behov. Risken för att även en korrekt annonserad upphandling kan bli föremål för Konkurrensverkets tillsyn, t.ex. genom ett beslut som förbjuder myndigheten att tillämpa en viss utvärderingsmodell, kommer troligtvis att skapa en större rädsla inom myndighetskollektivet för att använda nya metoder och modeller i sina upphandlingar. Istället för att främja att myndigheterna utvecklas som upphandlande organisationer, riskerar förslagen att leda till en ökad grad av konservatism, där redan beprövade metoder används enbart i syfte att begränsa myndigheternas riskytor. Vår uppfattning är att en sådan utveckling skulle vara negativ för såväl de upphandlande myndigheterna som leverantörskollektivet.

Konkurrensverket ges möjlighet att ingripa mot fel som ingen lidit skada av

I dagsläget är möjligheten för en leverantör att vinna framgång med en ansökan om överprövning förenad med ett krav på att leverantören ska ha lidit skada till följd av myndighetens överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Det räcker alltså inte med att visa att myndigheten har begått fel för att en ansökan om överprövning ska bifallas.⁴ Som exempel kan nämnas att en leverantör inte fått bifall till sin ansökan om överprövning när det varit fråga om att myndigheten valt ett felaktigt förfarande i vilket leverantören själv deltagit.⁵

³ Se bl.a. *Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler*, SOU 2018:44.

⁴ Jfr 20 kap. 6 § LOU.

⁵ Jfr HFD 2013 ref. 53.

På motsvarande sätt skulle Konkurrensverket, om förslaget genomförs, inte vara begränsat till att enbart agera i situationer där marknaden lidit skada, eftersom den föreslagna möjligheten att meddela förbud och förelägganden inte är kopplad till något skaderekvisit. Om förslagen genomförs innebär det att det vore fullt möjligt för Konkurrensverket att t.ex. förelägga en myndighet att avsluta en redan påbörjad upphandling om Konkurrensverket anser att myndigheten valt fel förfarande, även om ingen leverantör lidit skada av det felaktiga valet av förfarande.

Vi menar att det kan ifrågasättas om det finns ett behov av att Konkurrensverket ska kunna ingripa mot en upphandling också i de fall då ingen leverantör på marknaden lidit skada av det felaktiga agerandet. En sådan ordning riskerar om inte annat att leda till märkliga konsekvenser, eftersom en upphandlande myndighet skulle kunna vinna en överprövning med argumentet att ingen lidit skada av felet, för att sedan förlora i ett mål som avser exakt samma fråga, dock med den enda skillnaden att det är Konkurrensverket som klagar. Vi har för egen del svårt att se värdet av en sådan ordning.

Problematik i förhållande till civilrättsligt bindande avtal

I promemorian ger Konkurrensverket ett antal exempel på när det, enligt verket, finns ett behov av att kunna meddela förelägganden eller förbud, såsom att komma åt direkttilldelade avtal där tidsfristen för att ansöka om ogiltighet gått ut. Föreläggandet eller förbudet måste i dessa fall rimligen ta sikte på ett pågående civilrättsligt bindande avtal, eftersom det knappast finns något värde i att förbjuda en myndighet att tillämpa ett avtal som redan löpt ut eller på något annat sätt redan fullgjorts till sin helhet. Om en myndighet föreläggs eller förbjuds att tillämpa ett pågående avtal kan myndigheten således komma att behöva säga upp avtalet med leverantören i förtid. En upphandlande myndighet kan därmed komma att riskera att få betala skadestånd till sin civilrättsliga avtalspart av den anledningen att Konkurrensverket, med hot om omfattande viten, förelagt myndigheten att sluta tillämpa ett avtal.

Om Konkurrensverket får möjligheten att rikta förelägganden mot en myndighet med innebörden att myndigheten måste sluta tillämpa ett avtal, uppstår dock frågan om ett sådant beslut även kan överklagas av den enskilde avtalsparten. Trots att denna fråga kan få stor betydelse för den enskilde (dvs. myndighetens avtalspart) och leda till betydande

konsekvenser, berör Konkursverket inte denna fråga i sin promemoria.

Enligt vår uppfattning kan det dock inte uteslutas att en avtalsbärande leverantör på egen hand kan överklaga ett beslut som innebär ett förbud mot en upphandlande myndighet att i fortsättningen tillämpa ett avtal med leverantören. I HFD 2018 ref. 23 konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen nämligen följande:

”Kännetecknande för ett förvaltningsbeslut är att det innefattar ett uttalande varigenom en myndighet vill påverka andra förvaltningsorgans eller enskildas handlande. Överklagandeinstitutets funktion är att bereda den som berörs av ett besluts verkningar en möjlighet att få beslutet ändrat eller upphävt, eller, med andra ord, att få de oönskade konsekvenserna eliminerade. Av detta följer att i princip endast beslut som har eller är ägnade att få en påvisbar effekt för den som berörs av beslutet tillerkänns överklagbarhet. Avgörande för bedömningen av ett besluts överklagbarhet är alltså beslutets faktiska verkningar för den som berörs av det (se bl.a. RÅ 2004 ref. 8, RÅ 2007 ref. 7 och RÅ 2010 ref. 72)”.

Det kan vidare konstateras att Kammarätten i Stockholm ansett att en avtalsbärande leverantör haft rätt att överklaga en förvaltningsrättsdom, i vilken leverantörens avtal med myndigheten ogiltigförklarades. Detta eftersom ogiltigförklaringen enligt kammarätten ”*innebar ett direkt ingripande i den vinnande leverantörens rättsförhållande med den upphandlande myndigheten som kan få långtgående ekonomiska effekter för leverantören*”.⁶

Mot bakgrund av ovan angivna uttalanden är det sannolikt att ett förbud mot att tillämpa ett avtal har en sådan påvisbar effekt på den avtalsbärande leverantören att även denna ska tillerkännas klagorätt i förhållande till Konkursverkets beslut. Vi hade önskat att denna fråga utretts, eller i vart fall berörts, i Konkursverkets promemoria.

Frågan om möjligheten att meddela ett förbud eller föreläggande utan en begränsning i tiden

Till skillnad från ansökningar om ogiltighet, vilket är det primära rättsmedlet för att hantera otillåtet direkttilldelade avtal, finns det i enlighet med promemorians förslag inte någon tidsmässig gräns för när Konkursverket ska kunna förelägga en upphandlande myndig-

⁶ Se Kammarätten i Stockholms dom av den 7 september 2018 i mål nr 5493-18.

het att avsluta eller sluta att tillämpa ett direkttilldelat avtal. Det kan ifrågasättas om en sådan ordning är förenlig med EU-rätten.

Ett beslut som innebär att en upphandlande myndighet föreläggs att avsluta eller att inte längre tillämpa ett (påstått) direkttilldelat avtal riskerar nämligen i realiteten att få samma effekter som om avtalet ogiltigförklarats. Detta eftersom parternas prestationer inte längre ska få realiseras. Möjligheten för en leverantör att ansöka om ogiltighet av ett avtal begränsas dock av en sex månader lång preskriptionsfrist. Av skäl 25 och 27 till det konsoliderade rättsmedelsdirektivet⁷ motiveras denna preskriptionsfrist på följande sätt:

”Dessutom kräver rättssäkerheten på längre sikt beträffande de beslut som fattas av de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna att det fastställs en rimlig minsta preskriptionstid för prövning av beslutet i syfte att fastställa att avtalet är ogiltigt.”

”Eftersom detta direktiv förstärker nationella prövningsförfaranden, särskilt i samband med otillåten direkttilldelning, bör de ekonomiska aktörerna uppmuntras att utnyttja dessa nya mekanismer. Med hänsyn till rättssäkerheten begränsas möjligheten att förklara att ett avtal är ogiltigt till en viss period. Dessa gränser verkan bör respekteras.”

EU-lagstiftaren anser således att det även i fråga om otillåtna direkttilldelningar, vilka beskrivits som den värsta överträdelsen av bestämmelserna om offentlig upphandling⁸, finns behov av att upprätthålla vissa preskriptionsfrister i syfte att tillvarata rättssäkerheten för upphandlande myndigheter och avtalsbärande leverantörer.

⁷ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten rättsmedelsdirektiven och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (89/665/EEG och 92/13/EEG), i dess lydelse enligt Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

⁸ Ibid., skäl 13.

Av EU-domstolens dom i mål C-166/14, *MedEval*, kan vidare följande utläsas⁹:

”Det faktum att unionslagstiftaren har beslutat att, å ena sidan, uttryckligen reglera tidsfrister angående en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt och, å andra sidan, överlämna åt medlemsstaterna att i sina nationella rättsordningar fastställa de tidsfrister som ska gälla för övriga former av talan, visar att unionslagstiftaren lagt särskild vikt vid den första taletypen med hänsyn till effektiviteten av prövningsförfaranden för offentlig upphandling.

[...]

Ogiltigförklaringen av ett kontrakt som ingåtts efter det att ett offentligt upphandlingsförfarande genomförts medför nämligen att det inte längre existerar och att fullgörelsen av kontraktet eventuellt upphör, *vilket utgör ett betydande ingrepp av domstolar eller förvaltningsmyndigheter i avtalsförhållanden mellan enskilda och statliga organ*. Ett sådant beslut kan också skapa avsevärda störningar och ekonomiska förluster, inte enbart för den anbudsgivare som tilldelats det offentliga kontraktet i fråga, utan även för den upphandlande myndigheten, och därigenom för allmänheten, som är den slutliga användaren av de byggentreprenader eller tjänster som upphandlats genom kontraktet. *Såsom det framgår av skäl 25 och 27 i direktiv 2007/66 har unionslagstiftaren således lagt större vikt vid de rättssäkerhetskrav som ställs på en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt än på en talan om skadestånd.*” (våra kursiveringar).

I enlighet med vad som framgår ovan, kan det ifrågasättas om det är förenligt med EU-rätten att inte ha en preskriptionsfrist i förhållande till rättsmedel som i praktiken får samma effekt som en ogiltighetstalan, eftersom de grundläggande rättssäkerhetskrav som EU-lagstiftaren uppenbarligen iakttagit i förhållande till ogiltighetsinstitutet därmed skulle riskera att förfelas.

Enligt vår mening kan det inte uteslutas att möjligheten för Konkurrensverket att angripa otillåtna direktupphandlingar, hur gamla de än må vara, med stöd av förbud med tillhörande viten inte är förenliga med EU-rätten.

Särskilt problematiskt blir frågan när det gäller möjligheten att förena beslut och förlägganden med viten. Konkurrensverket menar nämligen att det inte är tillräckligt att enbart sanktionera ett beteende

⁹ Se EU-domstolens dom av den 26 november 2015 i mål C-166/14, *MedEval*, EU:C:2015:779, pp. 33 och 40.

med tillsynsbeslut för att få vissa upphandlande myndigheter eller enheter att faktiskt vidta åtgärder för att upphöra med ett visst förfarande som bryter mot regelverket. Därtill är det ofta inte möjligt att ta sådana situationer till domstol på grund av att ansökningsfristen för upphandlingsskadeavgift löpt ut. Som en effekt av detta är möjligheten att förena ett beslut eller föreläggande med vite inte begränsat i tiden i förhållande till den påstådda överträdelsen. Om förslaget genomförs är det, med andra ord, fullt möjligt för Konkurrensverket att förelägga en myndighet att sluta tillämpa ett avtal som ingåtts för flera år sedan och där tidsfristen för att ansöka om ogiltighet eller upphandlingsskadeavgift för länge sedan löpt ut.

Avsaknaden av en tidsfrist för vitesförelägganden skapar osäkerhet för både upphandlande myndigheter och leverantörer, särskilt i kombination med att ett uttryckligt syfte med förslaget om vitesförelägganden är att träffa situationer där Konkurrensverket inte har förmått att utreda förutsättningarna för att ansöka om upphandlingsskadeavgift inom den lagstadgade tidsfristen. Konsekvenserna av förslaget blir därmed att ingen aktör med säkerhet kan veta om ett ingånget kontrakt någon gång kommer att bli föremål för Konkurrensverkets ingripande.¹⁰

På grund av den stora osäkerhet som därmed skulle uppstå bör upphandlande myndigheter enligt vår mening t.ex. inte kunna föreläggas att upphöra med att tillämpa ett avtal eller dömas till vite om tillämpningen av avtalet pågått i över ett år, på samma sätt som gäller för potentiella upphandlingsskadeavgifter. I tillägg till det sagda bör det även tydliggöras att vitesförelägganden inte bör kunna användas som en alternativ påföljd t.ex. om en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte har lett till önskad effekt för Konkurrensverket.

2.2 Förslaget om att kunna förena förelägganden och förbud med vite

Som angetts ovan föreslår Konkurrensverket att myndigheten ska få möjlighet att förena ett föreläggande eller förbud med vite, i syfte att främja en effektiv offentlig upphandling och för att uppnå en högre grad av regelefterlevnad. Enligt promemorians förslag ska de förbud

¹⁰ Avseende anledningarna för en ansökningsfrist för upphandlingsskadeavgift, jfr prop. 2009/10:180, s. 206 f.

och förelägganden som meddelas kunna förenas med de vite *”som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas”*.¹¹

Som vi tidigare diskuterat är det i nuvarande situation primärt leverantörer som får olika typer av upphandlingsrättsliga frågor prövade genom ansökningar om överprövningar. Det är med andra ord genom leverantörsdrivna ansökningar om överprövningar som det i dagsläget säkerställs att *”upphandlingslagstiftningen följs”*. Redan av denna anledning kan behovet av att ge Konkurrensverket utökade befogenheter att meddela vitesförelägganden ifrågasättas.

Skulle regeringen, trots det till synes obefintliga faktiska behovet, ändå besluta att ge Konkurrensverket befogenhet att förena förelägganden och förbud med vite i syfte att säkerställa att upphandlingslagstiftningen följs, måste en sådan möjlighet regleras tydligt. Enligt vår mening är det oacceptabelt att möjligheten att förena ett föreläggande eller förbud med vite inte begränsas närmare än till *”det som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas”*.¹²

Detta eftersom ett vitesföreläggande, vilket närmast kan liknas vid en straffrättslig påföljd eller i vart fall av straffrättslig karaktär¹³, enligt praxis måste vara så klart och tydligt formulerat att det inte råder någon tvekan om vad adressaten har att iaktta för att efterkomma vitesföreläggandet. Det bör även påpekas att utrymmet för en tolkning av vitesföreläggandet, t.ex. mot bakgrund av vad som tidigare förekommit i ett ärende, är begränsat med hänsyn till att föreläggandets innebörd måste vara klart.¹⁴ Detta innebär att kriterierna för att inte träffas av ett vite måste vara mätbara på ett sådant sätt att det med säkerhet går att avgöra när föreläggandet har efterkommit.

För att förstå vår invändning bör nog nuvarande situation förklaras. Enligt vår erfarenhet är den absoluta majoriteten av överprövningar av upphandlingar hänförliga till frågor som rör tillämpningen av de

¹¹ Se avsnitt 4.1 i Konkurrensverkets promemoria, där Konkurrensverket efterfrågar befogenhet att meddela de förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Se avsnitt 4.6 i promemorian, där Konkurrensverket vill ha möjlighet att kunna förena ett föreläggande eller förbud riktat mot en upphandlande myndighet eller enhet att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende med vite.

¹² Se fotnot 8 ovan.

¹³ Se Lavin, Rune, *Viteslagstiftningen*, Gula biblioteket, 3 u., s. 18 f.

¹⁴ Se bl.a. RÅ 1994 ref. 29.

grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Hur principerna ska tolkas i en given situation är dock svårt att säga på förhand och det finns en minst sagt spretig praxis, inte minst på kammarrättsnivå, kring principernas innebörd och tillämpning i det enskilda fallet. Det kan med andra ord vara relativt svårt att i förväg säga om en domstol t.ex. kommer att anse att en upphandling brister i öppenhet eller inte.

Eftersom majoriteten av nuvarande påstådda överträdelser som förs fram av leverantörer inom ramen för ansökningar om överprövningar är hänförliga till de grundläggande principerna, är det enligt vår mening rimligt att anta att även Konkurrensverkets framtida ingripanden kommer att avse frågor som är hänförliga till dessa principer. Dessutom är ett av de exempel när det kan vara lämpligt med ett föreläggande eller förbud som Konkurrensverket tar upp i sin promemoria, situationer när den upphandlande myndigheten eller enheten ”*tillämpar godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på lika-behandling och transparens*”¹⁵.

På grund av principernas skiftande innehåll samt den spretiga praxis kring innebörden av principernas betydelse i olika situationer uppstår dock svårigheten att utforma ett vitesföreläggande på ett tillräckligt tydligt och precist sätt, så att den felande upphandlande myndigheten ska kunna få helt klart för sig vad som fordras för att det fastställda vitesbeloppet inte ska dömas ut. Om Konkurrensverket exempelvis bedömer att en utvärderingsmodell i en upphandling strider mot de grundläggande principerna behöver Konkurrensverket, för att vitesföreläggandet ska uppfylla kravet på tydlighet, specificera exakt vilka åtgärder den upphandlande myndigheten eller enheten måste vidta för att undgå vitet. Det är i detta fall exempelvis inte tillräckligt att föreläggandet anger att en upphandlande myndighet ska utforma utvärderingsmodellen på ett sådant sätt som inte strider mot likabehandlingsprincipen.

Istället måste Konkurrensverket ange exakt hur utvärderingsmodellen ifråga istället ska vara utformad för att vitesföreläggandet ska uppfylla kravet på tydlighet. Förutom att det får anses vara mycket olämpligt att Konkurrensverket har att ange hur en korrekt utvärderingsmodell ska utformas, riskerar en sådan ordning att strida mot gällande praxis där även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte

¹⁵ Se s. 46 i Konkurrensverkets promemoria.

är optimalt utformade (sett till upphandlingslagstiftningen) är tillåtna så länge resultatet av upphandlingen leder till ett rättvisande resultat.¹⁶

Förslaget om att kunna förena beslut och förelägganden med viten skiljer sig även från nuvarande ordning genom att det inte finns någon beloppsbegränsning avseende vitets storlek. Istället tillåts vitets storlek fastställas till det belopp som bedöms få avsedd effekt, vilket innebär att vitesbeloppet kan sättas mycket högt om den felande parten anses ha god betalningsförmåga. Detta ska ställas i kontrast till upphandlingsskadeavgiften där en myndighet som mest kan behöva betala 10 miljoner kronor i avgift. Rent teoretiskt innebär detta att en myndighet med mycket god betalningsförmåga, t.ex. en storstadsregion, skulle kunna riskera bli skyldig att betala tiotals miljoner i viten, i syfte att förmå myndigheten att följa ett förbud mot att använda ett avtal som tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Om Konkurrensverket däremot hade hanterat samma överträdelse (en otillåten direktupphandling) genom att ansöka om upphandlingsskadeavgift kan beloppet aldrig överskrida 10 miljoner kronor. En sådan effekt framstår inte bara som märklig utan även oönskad.

Det kan i detta sammanhang tilläggas att regeringen vid införandet av upphandlingsskadeavgifter ansåg att det var viktigt att bestämma ett högsta tak för avgiften.¹⁷ Detta dels för att uppnå ett tydligt formulerat och förutsägbart sanktionssystem, dels för att det ytterst är skattemedel som kommer att användas för att betala en påfordrad sanktion (vilket regeringen ansåg var en omständighet som särskilt bör beaktas). Vi anser att liknande överväganden även gör sig gällande om vitesförelägganden skulle introduceras på rättsområdet. Det bör därför, på motsvarande sätt som för upphandlingsskadeavgiften, lämpligen finnas ett tak för det vitesbelopp som Konkurrensverket kan förelägga en upphandlande myndighet att betala per överträdelse.

2.3 En höjning av upphandlingsskadeavgiftens storlek

Ett annat av Konkurrensverkets förslag i promemorian är att den nuvarande maximala nivån för upphandlingsskadeavgift ska höjas från dagens nivå på tio miljoner kronor till tjugo miljoner kronor. Konkurrensverket menar att den nuvarande ordningen med en begränsning av upphandlingsskadeavgiftens storlek både i andel av kontraktsvärdet

¹⁶ Jfr RÅ 2002 ref. 50.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180, s. 195 f.

(tio procent) och i ett fast belopp (tio miljoner kronor), innebär att upphandlingar till lägre värden proportionellt sett sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande belopp på ett sätt som inte anses motiverat.

Som ett exempel på detta anger Konkurrensverket att myndigheten förvisso har ansökt om upphandlingsskadeavgifter som uppgår till det högsta tillåtna beloppet på tio miljoner kronor, men att yrkandet i de fallen endast har motsvarat tre procent av det totala kontraktsvärdet. En höjning av den maximala nivå till tjugo miljoner kronor skulle enligt Konkurrensverkets mening leda till en ökad effektivitet i tillsynsarbetet, stärka rättsmedlets preventiva verkan samt förstärka proportionaliteten i förhållandet mellan hur otillåtna direktupphandlingar av lägre respektive högre värden sanktioneras.

Stämmer då Konkurrensverkets påståenden och är upphandlingsskadeavgiften för lågt satt? Det är svårt att svara på, särskilt eftersom Konkurrensverket i sin promemoria inte i någon vidare utsträckning redogör för någon statistik avseende utdömda avgifter och i vilken mån de ansetts vara för låga. Enligt vår mening skulle frågan om avgiftens storlek dock troligtvis behöva utredas mer utförligt för att kunna svara på om den ligger på en lämplig nivå.

Det kan i detta sammanhang noteras att samma åsikt delas av lagstiftaren. När upphandlingsskadeavgiften infördes angavs nämligen följande i förarbetena:

”Som regeringen uttalat ovan i avsnitt 9.2 bör en utvärdering göras av reglerna om upphandlingsskadeavgift när dessa har tillämpats någon tid och erfarenhet kan dras av utfallet. En sådan utvärdering bör naturligen även omfatta avgiftens storlek och beräkningen av den.”¹⁸

Såvitt vi känner till, har det dock inte genomförts någon sådan utvärdering av utfallet av införandet av en upphandlingsskadeavgift i förhållande till avgiftens storlek. Den genomgång som faktiskt har gjorts avseende erfarenheterna av avgiften visar tvärtom på att de avgifter som utdömts har haft en mycket positiv effekt på de upphandlande myndigheternas framtida agerande, bl.a. genom att en majoritet av de myndigheter som fått erlægga avgift har genomfört organisationsförändringar, i form av förbättrade inköpsrutiner m.m. I genomgången anges överhuvudtaget inte att upphandlingsskadeavgiftens storlek som

¹⁸ Ibid., s. 196.

sådan skulle ha haft någon negativ inverkan på myndigheternas vilja att förändra sina upphandlingsrutiner.¹⁹

Vid en genomgång av Konkurrensverkets samlade ansökningar om utdömmande av upphandlingsskadeavgift visar det sig dessutom att Konkurrensverket endast yrkat på maximal avgift i färre än fyra procent av fallen.²⁰ Det är med andra ord ytterst ovanligt att den nuvarande maximala avgiften motsvarande tio miljoner kronor döms ut. Det faktiska behovet av att dubblera den maximala gränsen för upphandlingsskadeavgiften framstår mot denna bakgrund som mycket begränsat.

3. Ett urval av remissinstansers förhållning till Konkurrensverkets förslag

3.1 Inledning

I denna del redovisar vi ett urval av remissinstansernas ställningstaganden till Konkurrensverkets förslag. Redogörelserna är inte fullständiga, utan istället lyfter vi särskilt fram de synpunkter som remissinstanserna haft på förslaget om att Konkurrensverket ska ges möjligheter att meddela förbud och förelägganden.²¹

3.2 Domstolsverket

Domstolsverket är av uppfattningen att Konkurrensverkets förslag riskerar att innebära en ökad administration och komplexitet i upphandlingsmål, vilket i förlängningen kommer att innebära en generell ökning i transaktionskostnader. Därtill menar Domstolsverket att det redan finns tillräckliga verktyg i nuvarande regelverk. Som exempel på sådana verktyg nämns inte bara det leverantörsdrivna överprövningsinstitutet (inklusive möjligheten till ogiltighetstalan) utan även Konkurrensverkets möjligheter att ansöka om upphandlingsskadeavgift och att rikta kritik genom tillsynsbeslut. Domstolsverket betonar i

¹⁹ Se Konkurrensverkets rapport *Konkurrens- och upphandlingstillsyn 2018*, bilaga 4 uppföljning av upphandlingsärenden, rapport 2019:1.

²⁰ Yrkande om maximal avgift har sammanlagt förekommit i 7 av 186 fall vilket motsvarar (7/186=) 3,8 procent av det totala antalet ansökningar.

²¹ Samtliga och fullständiga inkomna remissvar från offentliga organisationer är publicerade på regeringens hemsida och finns tillgängliga här: <https://www.regeringen.se/remisser/2019/10/remiss-av-konkurrensverkets-promemoria-med-forslag-till-utvecklad-reglering-av-upphandlingstillsynen/>.

detta sammanhang även den generella tillsynen som bedrivs av Justitieombudsmannen och Justitiekanslern för att upptäcka korruption samt Polismyndighetens och Åklagarmyndighetens arbete med att utreda och väcka åtal mot misstänkt korruption.

Domstolsverket konstaterar vidare att regeringen tidigare har bedömt behovet av utökade tillsynsmöjligheter för Konkurrensverket, där regeringen kom fram till att det inte fanns något behov av att utöka tillsynsmyndighetens möjligheter att ingripa vid upphandlingar.²² I ljuset av de åtgärder som finns tillgängliga idag och att Domstolsverket anser att Konkurrensverket inte har kunnat presentera någon utredning som tyder på att det idag finns ett behov av de föreslagna åtgärderna, avstyrker Domstolsverket Konkurrensverkets förslag i denna del.

3.3 Sveriges kommuner och regioner samt SKL Kommentus Inköpscentral

Sveriges kommuner och regioner ("SKR") samt SKL Kommentus Inköpscentral ("Kommentus"), som ansluter sig till SKR:s remissvar, konstaterar inledningsvis att den svenska upphandlingslagstiftningen är onödigt komplicerad. SKR anför vidare att majoriteten av fel som begås enligt deras erfarenhet beror på upphandlingsregelverkets komplexitet och otydlighet, inte på slarv eller uppsåt. Mot denna bakgrund anser SKR och Kommentus att regeringen måste prioritera förenklingar av upphandlingsregelverket istället för att utöka upphandlingstillsynen.²³

Med anledning av att Konkurrensverkets promemoria utgör ett bristande underlag och därför inte motiverar en sådan generell befo-genhet (att Konkurrensverket ska kunna utfärda förelägganden och förbud) avstyrker SKR förslaget. SKR anser även att förslagen riskerar skapa en osäkerhet hos upphandlande myndigheter, särskilt eftersom det inte går att förutse alla tänkbara situationer där förelägganden eller förbud skulle kunna komma i fråga. SKR går till och med så långt som att konstatera att införandet av ytterligare sanktionsmöjligheter är helt fel väg att gå.

Vidare anser SKR att det överhuvudtaget inte är nödvändigt för Konkurrensverket att kunna ingripa i annat fall än vid otillåtna direktupphandlingar. SKR menar att leverantörerna i sådana fall har

²² Prop. 2009/10:180, s. 218 f.

²³ Såsom föreslagits i bl.a. SOU 2015:12 samt SOU 2018:44.

möjlighet att ansöka om överprövning och att det vore både onödigt och ineffektivt att också Konkurrensverket ska bevaka fall som inte gäller otillåtna direktupphandlingar, eftersom leverantörerna gör detta tillräckligt bra själva.

3.4 Stockholms universitet

Stockholms universitet menar att det kan finnas anledning att närmare utreda huruvida Konkurrensverket bör ges utökade befogenheter, såsom att meddela förelägganden och förbud. Trots det är Stockholms universitet av uppfattningen att det inte är lämpligt att tillmäta Konkurrensverket så svepande befogenheter som föreslås i promemorian, utan att eventuella befogenheter måste preciseras. Universitetet ifrågasätter även huruvida det är Konkurrensverket som själva ska fatta beslut om förbud och förelägganden. Universitetet föreslår istället att det bör utredas om det inte vore lämpligare att fortsättningsvis låta domstolar fatta detta beslut efter ansökan från Konkurrensverket vilket är i linje med den ordning som gäller för utdömmande av upphandlings-skadeavgift.

Stockholms universitet instämmer däremot i Konkurrensverkets förslag att höja upphandlingsavgiftens maximala storlek från tio miljoner kronor till tjugo miljoner kronor, förutsatt att den nu gällande spärren om tio procent av upphandlingens värde bibehålls. Detta i syfte att skapa ett mer proportionerligt upphandlings-skadeavgiftsinstitut.

3.5 Upphandlingsmyndigheten

Upphandlingsmyndigheten delar däremot Konkurrensverkets bedömning att Konkurrensverket idag saknar tillräckliga tillsynsbefogenheter för att säkerställa en effektiv tillsyn inom upphandlingsområdet. Upphandlingsmyndigheten anser att det är en brist att Konkurrensverket enligt den nuvarande ordningen inte kan ingripa mot konstaterade överträdelser av upphandlingslagstiftningen utöver otillåtna direktupphandlingar.

Med det sagt, ifrågasätter Upphandlingsmyndigheten lämpligheten i att Konkurrensverket ska ges så långtgående befogenheter att kunna meddela förelägganden och förbud vid behov. Upphandlingsmyndigheten menar att den föreslagna regleringen i princip innebär en obegränsad rätt för Konkurrensverket att meddela förelägganden och förbud. Vidare ser Upphandlingsmyndigheten en risk för att den föreslagna regleringen framstår som otydlig och oförutsägbar för upphandlande

myndigheter och enheter, inte minst då förslaget saknar en uttrycklig koppling till proportionalitetsprincipen och tydliga ramar i övrigt.

Upphandlingsmyndigheten anser att det krävs en närmare analys om förslaget om förelägganden och förbud är nödvändiga och ändamålsenliga, eller om en effektiv tillsyn skulle kunna uppnås genom mer avgränsade befogenheter. Upphandlingsmyndigheten bedömer även att det behövs ytterligare utredning för att fastställa hur förslagen är tänkta att förhålla sig till och samverka med de befintliga rättsmedel som finns i upphandlingslagstiftningen, närmare bestämt överprövning, ogiltighetsförklaring och skadestånd.

Upphandlingsmyndigheten menar vidare att behovet av att Konkurrensverkets beslut om förelägganden och förbud ska gälla omedelbart behöver utredas närmre. Upphandlingsmyndigheten hade även önskat att behovet av sanktionsmöjligheter överhuvudtaget analyserades mer utförligt, och att alternativ till viten övervägdes.

Upphandlingsmyndigheten föreslår exempelvis att ett alternativ hade kunnat vara att utöka upphandlingsskadeavgiften till att omfatta andra områden än endast otillåtna direktupphandlingar. Särskilt i ljuset av förslaget att öka upphandlingsskadeavgiftens storlek, vilket Upphandlingsmyndigheten tillstyrker, menar Upphandlingsmyndigheten, att upphandlingsskadeavgiften hade kunnat utvecklas till ett ännu mer effektivt rättsmedel för Konkurrensverket.

4. Avslutande kommentar

Som vi kunnat utläsa vill Konkurrensverket ha kraftigt utökade möjligheter att utöva tillsyn på upphandlingsområdet. Vi anser för egen del förvisso att åtgärder som syftar till att öka regelefterlevnaden på upphandlingsområdet är av godo, men anser i likhet med majoriteten av de refererade remissinstanserna att Konkurrensverkets föreslagna ändringar i vissa fall inte bör genomföras samt att förslagen i andra fall behöver preciseras. I vart fall måste de potentiella följderna av förslagen utredas närmare.

Mot bakgrund av det ovan sagda, hoppas vi även att det faktiska behov som förändringarna skulle kunna tänkas fylla identifieras och att den förväntade effekten av dem analyseras mer noggrant innan regeringen beslutar om Konkurrensverkets förslag ska genomföras eller inte.

