

Stockholm den 14 februari 2020

Finansdepartementet

Fi2019/02619/OU

## REMISSYTTRANDE

### Konkurrensverkets promemoria av den 1 juli 2019 med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

#### 1. Inledning

Advokatfirman Kahn Pedersen får härmed inkomma med remissyttrande över Konkurrensverkets promemoria av den 1 juli 2019 med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen.

Kahn Pedersen är specialiserad inom offentlig upphandling, har lång och omfattande erfarenhet av området och företräder såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer.

#### 2. Inledande/övergripande synpunkter

Kahn Pedersen avstyrker i huvudsak promemorians förslag till ändringar i upphandlingslagarna. De närmare övervägandena framgår av avsnitt 3 – 8 nedan. I de delar som Kahn Pedersen inte avstyrker förslagen kan Kahn Pedersen dock inte se några direkta fördelar med dem. Intresset av att genomföra förslagen kan därför ifrågasättas.

Kahn Pedersen vill även, på ett allmänt plan, påpeka att förslagen i promemorian överlag synes mindre väl underbyggda. Om regeringen anser att det finns behov av att göra de förändringar som föreslås bör sådana ändringar föregås av uttömmande utredningar i syfte att fastställa vilket faktiskt behov som dessa förändringar skulle fylla och den förväntade effekten av dem.

För att underlätta den fortsatta genomgången utgår bedömningen nedan utifrån bestämmelserna i lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"), även om Kahn Pedersens synpunkter även gäller i de delar som Konkurrensverkets förslag berör övriga

upphandlingslagar. På samma sätt utgår bedömningen utifrån tillämpliga bestämmelser i rättsmedelsdirektivet<sup>1</sup>.

### 3. Förslaget om att öka Konkurrensverkets möjligheter till ingripande

#### 3.1 Förslaget innebär att nuvarande ordning åsidosätts

Kahn Pedersen avstyrker förslaget om att Konkurrensverket ska få möjligheten att meddela bindande förbud och förelägganden.

Inledningsvis kan det konstateras att ett system med förelägganden och förbud med tillhörande viten är främmande för upphandlingslagstiftningen. Ett införande av Konkurrensverkets förslag riskerar därför att ytterligare komplicera ett redan idag svårtillgängligt rättsområde.

Vidare riskerar förslaget att ändra nuvarande ordning där leverantörer som regel ansöker om överprövning avseende formella upphandlingsfel. Enligt det system som unionslagstiftaren har byggt upp ska upphandlande myndigheters iakttagande av upphandlingsrätten tillförsäkras genom att enskilda leverantörer (som har ett intresse av att tilldelas kontrakt i en viss upphandling) ges möjlighet att ansöka om överprövning av den aktuella upphandlingen.

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 om ogiltighet av avtal, där Konkurrensverket enligt LOU är förhindrat att ansöka om upphandlingsskadeavgift under den tid som en leverantör har tillgång till rättsmedel. Det är med andra ord primärt leverantörer som även ska få frågan om direkttilldelade avtal prövad genom ansökningar om ogiltighet, och inte Konkurrensverket genom ansökningar om upphandlingsskadeavgift.

Vidare tyder utredningar<sup>2</sup> på området på att leverantörskollektivet faktiskt utnyttjar möjligheten att ansöka om överprövning i de fall det anses befogat. Mot denna bakgrund anser Kahn Pedersen, i motsats till Konkurrensverket, att leverantörskollektivets tillsyn av frågor som rör upphandlingars utformning är tillräcklig.

Enligt Kahn Pedersens mening skulle Konkurrensverkets utökade tillsyn snarast riskera inkräkta 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 förbudsbeslut som förbjuder myndigheten att tillämpa en viss

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Se bl.a. Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler, SOU 2018:44.

utvärderingsmodell, kommer troligtvis skapa en ännu 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 förslaget därmed leda till en ökad grad av konservatism, där redan beprövade metoder används enbart i syfte att begränsa myndigheternas riskytor. En sådan utveckling vore negativ för såväl de upphandlande myndigheterna som för leverantörskollektivet.

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

Möjligheten för en leverantör att vinna framgång med en ansökan om överprövning är vidare förenad med kravet på att leverantören ska ha lidit skada av myndighetens agerande. Det räcker alltså inte med att visa att myndigheten har begått fel för att en ansökan om överprövning ska bifallas (jfr 20 kap. 6 § LOU). 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 (jfr HFD 2013 ref. 53).

På motsvarande sätt skulle Konkurrensverket, om förslaget genomförs, dock inte vara begränsat av att agera i situationer där marknaden lidit skada, eftersom den föreslagna möjligheten att meddela förbud och förelägganden inte är kopplad till ett skaderekvisit. Om förslaget genomförs innebär det således 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.

Enligt Kahn Pedersens mening vore en sådan ordning inte lämplig, utan det bör även fortsättningsvis krävas att den aktör som anmärker på ett fel i en upphandling också lidit skada av det för att det ska vara aktuellt med ett rättsligt ingripande. Kahn Pedersen anser inte att det finns några övertygande argument som talar för att Konkurrensverket ska ha möjlighet att påtala felaktigheter som inte uppmärksammats av leverantörskollektivet eller fel som ingen kan lida skada av.

### **3.3 Förbud och förelägganden bör endast kunna avse upphandlande myndigheter**

Till skillnad från nuvarande bestämmelse i 22 kap. 4 § LOU, enligt vilken Konkurrensverket endast kan meddela förelägganden gentemot upphandlande myndigheter, innehåller det aktuella förslaget ingen motsvarande begränsning. Om förslaget genomförs kommer det således inte finnas några legala hinder mot att Konkurrensverket meddelar förelägganden och förbud även gentemot leverantörer.

I teorin innebär det att Konkurrensverket t.ex. får möjlighet att förbjuda leverantörer att ägna sig åt vad Konkurrensverket uppfattar som osund taktisk anbudsgivning. Även om det rimligtvis kan antas att Konkurrensverket inte i första hand skulle använda sina nya befogenheter gentemot leverantörer är det enligt Kahn Pedersens mening högst olämpligt att Konkurrensverket *de facto* ges denna möjlighet, eftersom det skulle innebära en helt ny ordning.

Enligt Kahn Pedersens mening är det vidare särskilt problematiskt att denna utvidgning av Konkurrensverkets legala befogenheter överhuvudtaget inte nämns i promemorian. Kahn

Pedersen kan mot denna bakgrund inte slita sig från uppfattningen att förslaget synes mindre väl genomtänkt samt inte tillräckligt utrett avseende dess effekter.

### **3.4 Problematik i förhållande till civilrättsligt bindande avtal**

Ett av de exempel som Konkursverket ger där det finns behov av att kunna meddela förelägganden eller förbud är för att komma åt direkttilldelade avtal där tidsfristen för att ansöka om ogiltighet gått ut. Föreläggandet eller förbudet måste i dessa fall ta sikte på ett pågående civilrättsligt bindande avtal. Om en myndighet föreläggs eller förbjuds att tillämpa ett pågående avtal kan myndigheten komma att behöva säga upp avtalet med leverantören i förtid. En upphandlande myndighet kan således komma att riskera att få betala skadestånd till sin civilrättsliga avtalspart av den anledningen att Konkursverket, med hot om omfattande viten, förelagt myndigheten att sluta tillämpa ett avtal.

### **3.5 Frågan om beslutets överklagbarhet i förhållande till tredje man**

Om Konkursverket får möjligheten att rikta förelägganden mot en myndighet med innebörden att myndigheten måste sluta tillämpa ett avtal, uppstår frågan om ett sådant beslut även kan överklagas av den enskilde avtalsparten. Inte heller denna fråga berör Konkursverket i sin promemoria.

Enligt Kahn Pedersens mening kan det inte uteslutas att 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 Kammarrätten i Stockholm ansett att en avtalsbärande leverantör ansetts haft rätten att överklaga en dom som innebar att leverantörens avtal med myndigheten ogiltigförklarades. Detta eftersom ogiltigförklaringen enligt kammarrätten "innebar ett direkt ingripande i den vinnande leverantörens rättsförhållande med den upphandlande myndigheten som kan få långtgående ekonomiska effekter för leverantören"<sup>3</sup>.

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 därmed ska tillerkännas överklagbarhet. Enligt Kahn Pedersen är det mindre tillfredställande

---

<sup>3</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 7 september 2018 i mål nr 5493-18.

att denna fråga varken utreds eller berörs i Konkurrensverkets promemoria. Även av denna anledning avstyrks förslaget.

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

Ett beslut som innebär att en upphandlande myndighet föreläggs att avsluta eller att inte längre tillämpa ett, påstått, direkttilldelat avtal riskerar i realiteten att få samma effekter som om avtalet ogiltigförklarats. Detta eftersom parternas prestationer inte längre ska få realiseras.

Till skillnad från ansökningar om ogiltighet, vilket är det primära rättsmedlet för att hantera otillåtet direkttilldelade avtal, vilka begränsas av en sex månader lång preskriptionsfrist finns det i enlighet med promemorians förslag inte någon tidsmässig gräns för när Konkurrensverket ska kunna förelägga en upphandlande myndighet att avsluta eller sluta att tillämpa ett direkttilldelat avtal. Det kan ifrågasättas om en sådan ordning är förenlig med EU-rätten.

Av skälen 25 och 27 till det konsoliderade rättsmedelsdirektivet framgår nämligen följande:

*"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 upphandling, finns behov av att upprätthålla vissa preskriptionsfrister, i syfte att tillvarata rättssäkerheten för upphandlande myndigheter och avtalsbärande leverantörer.

Av EU-domstolens dom i mål C-166/14, *MedEval*, kan vidare följande utläsas<sup>4</sup>:

*"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,*

---

<sup>4</sup> Se EU-domstolens dom av den 26 november 2015 i mål C-166/14, *MedEval*, EU:C:2015:779, pp. 33 och 40.

*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 byggtreprenader 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." (vår mark.)*

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 får samma effekt som en ogiltighetstalan, eftersom de grundläggande rättssäkerhetskrav som EU-lagstiftaren uppenbarligen iakttagit i förhållande till ogiltighetsinstitutet därmed skulle riskera att förfelas.

Kahn Pedersen kan notera att Konkurrensverkets promemoria överhuvudtaget inte berör ovan nämnda aspekter i promemorian. Eftersom det med utgångspunkt i Konkurrensverkets promemoria inte är möjligt att bedöma förslaget förenligt med EU-rättens krav på rättssäkerhet avstyrker Kahn Pedersen förslaget.

### **3.7 Konkurrensverkets beslut om förbud och förelägganden är inte begränsade i förhållande till övriga rättsmedel**

Av Konkurrensverkets förslag kan det inte utläsas att det skulle finnas någon begränsning av Konkurrensverkets föreläggande- och förbuds rätt i förhållande till de rättsmedel som är tillämpliga för leverantörer. Det vore således fullt möjligt för Konkurrensverket att under en pågående avtalsspärr förbjuda den upphandlande myndigheten att ingå avtal med vald leverantör om Konkurrensverket anser att det t.ex. funnits risk för favorisering inom ramen för anbudsutvärderingen. På motsvarande sätt finns det inget hinder mot att Konkurrensverket meddelar ett förbud mot att tillämpa ett avtal under den tid som sexmånadersfristen för att ansöka om ogiltighet av samma avtal löper. Det kan således konstateras att Konkurrensverkets förslag utformats på ett sådant sätt att det finns en uppenbar risk för dubbla sanktioner eller åtminstone dubbla processer. Att Konkurrensverket anger att man kommer att avstå från att meddela förelägganden och förbud i upphandlingar där det fortfarande finns möjlighet till överprövning är inte tillräckligt när denna begränsning inte också framgår av lag.

Enligt Kahn Pedersens mening måste Konkurrensverkets möjligheter att besluta om ett förbud eller ett föreläggande, om förslaget genomförs, med nödvändighet begränsas till situationer där det inte finns något tillgängligt rättsmedel för leverantörerna.

Bestämmelserna om förbud och förelägganden bör vidare, om de genomförs, utformas så att Konkurrensverket inte har möjligheten att välja mellan tillämpliga rättsmedel. Det bör med andra ord inte vara möjligt för Konkurrensverket att förelägga en myndighet att avsluta ett kontrakt med en leverantör om Konkurrensverket fått kännedom om kontraktet innan tiden för att ansöka om upphandlingsskadeavgift löpt ut. I sådana fall bör Konkurrensverket vara begränsat till möjligheten att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Utan en sådan reglering är det omöjligt för upphandlande myndigheter, och avtalsbärande leverantörer, att när respektive påföljd kan aktualiseras.

### **3.8 Konkurrensverket borde vara sökande myndighet**

I enlighet med förslagets utformning ska Konkurrensverket på egen hand få möjlighet att besluta om förelägganden och förbud. Detta skiljer sig åt från vad som gäller för t.ex. fall som rör upphandlingsskadeavgift, där Konkurrensverket ansöker om utdömandet av en avgift hos behörig domstol.

Om förslaget om utökade befogenheter genomförs bör ett motsvarande system införas där Konkurrensverket ansöker om att behörig domstol ska meddela förelägganden och förbud. En sådan ordning skulle inte bara vara i överensstämmelse med nuvarande system utan även vara förenlig med rättsmedelsdirektivets bestämmelser, där det framgår att det är behöriga prövningsorgan och inte tillsynsmyndigheterna som ska ta ställning till frågan om alternativa sanktioner (jfr artikel 2.e).

### **3.9 Något om det processuella ramverket**

Kahn Pedersen förordar en ordning där samtliga de processuella bestämmelser som styr offentlig upphandling samlas på en och samma plats. Ett sådant system, vilket redan i viss mån har åstadkommit genom 20 kap. LOU, har om inte annat effekten av att skapa en sammanhållen översikt av samtliga processuella regler. Detta leder i sin tur till att regelverket blir något lättare att hantera än om tillämpliga processbestämmelser är utspridda i olika lagar.

Kahn Pedersen vill mot denna bakgrund särskilt belysa det faktum att Konkurrensverket, i den föreslagna bestämmelsen till 22 kap. 6 § LOU, föreslår att det ska bli möjligt för Konkurrensverket att bestämma att ett förbud eller föreläggande ska gälla omedelbart. För att förhindra en omedelbar verkställighet behöver den klagande ansöka om inhibition. Någon bestämmelse om inhibition som avser denna typ av fall finns dock inte i LOU.

Ett sådant yrkande kommer därför att behöva prövas utifrån bestämmelsen i 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) (jfr HFD 2014 ref. 13). Detta skapar en situation där olika processuella regler ska tillämpas på olika beslut enligt LOU. En sådan ordning är enligt Kahn Pedersens mening mindre tillfredställande. Om förslaget genomförs bör LOU därför kompletteras med en bestämmelse avseende inhibition i denna typ av fall.

### **3.10 De föreslagna övergångsbestämmelserna riskerar minimera den avsedda effekten med förbud och förelägganden**

I promemorian anför Konkurrensverket att en av de förväntade effekterna med förslaget är att komma tillrätta med gamla avtal, vilka snedvrider konkurrensen på ett betydande sätt, och där tiden för att ansöka om upphandlingsskadeavgift har gått ut.

En rimlig tolkning av Konkurrensverkets förslag är att Konkurrensverket vill ha möjligheten att påverka upphandlande myndigheter att inte tillämpa äldre avtal för vilka det inte är möjligt att ansöka om upphandlingsskadeavgift (jfr HFD 2018 ref. 17).

Av promemorians föreslagna övergångsbestämmelser framgår dock att "äldre bestämmelser [ska gälla] för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet". Detta innebär att bestämmelserna om förbud och förelägganden inte kommer att vara tillämpliga på upphandlingar som påbörjats innan bestämmelserna trädde ikraft.

Enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis har en upphandling som huvudregel påbörjats i samband med att "den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats", se HFD 2013 ref. 31.

Äldre avtal grundar sig dock på upphandlingar vilka, i enighet med Högsta förvaltningsdomstolens ovan angivna praxis, får anses ha påbörjats innan de nu föreslagna bestämmelserna om förbud och förelägganden kommer att ha trätt ikraft. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om det överhuvudtaget är möjligt att ens med stöd av de nya bestämmelserna förelägga en myndighet att inte tillämpa ett avtal i en sådan situation som den som prövades i HFD 2018 ref. 17. Förslaget riskerar därmed att inte uppnå ett av sina primära syften, varför nyttan av detsamma kan ifrågasättas.

#### 4. Förslaget om att kunna förena förelägganden och förbud med vite

Kahn Pedersen avstryker förslaget till att beslut om förbud och förelägganden ska kunna förenas med vite. Kahn Pedersen noterar att Konkurrensverket efterfrågar befogenhet att förena förelägganden och förbud med de viten som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas.<sup>5</sup> Som angetts ovan är det leverantörer som ska få denna typ av frågor prövade genom ansökningar om överprövning. Redan av denna anledning kan behovet av att ge Konkurrensverket utökade befogenheter att meddela vitesförelägganden ifrågasättas.

Om regeringen ändå beslutar att ge Konkurrensverket befogenhet att förena förelägganden och förbud med viten anser Kahn Pedersen att en sådan befogenhet måste begränsas närmare än till "det som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas".<sup>6</sup> Detta eftersom ett vitesföreläggande, vilket närmast kan liknas en straffrättslig påföljd eller i vart fall av straffrättsliknande karaktär<sup>7</sup>, 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.

Enligt Kahn Pedersens erfarenhet är den absoluta majoriteten av överprövningar av upphandlingar hänförliga till frågor som rör tillämpningen av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Det är därmed rimligt att anta att även Konkurrensverkets framtida ingripanden kommer att avse frågor som är hänförliga till dessa principer. På grund av principernas skiftande innehåll samt den i viss mån spretiga praxis kring innebörden av principernas betydelse i olika situationer uppstår 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. Det bör även påpekas att utrymmet för tolkning, mot bakgrund av vad som tidigare förekommit i ett ärende, inklusive beslutsunderlaget, är

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Se f.n. 1 ovan.

<sup>7</sup> Se Lavin, Rune, Viteslagstiftningen, Gula biblioteket, 3 u., s. 18 f.



begränsat med hänsyn till att föreläggandets innebörd måste vara klart.<sup>8</sup> 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.

Om exempelvis Konkurrensverket bedömer att en utvärderingsmodell 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 exempelvis inte tillräckligt att föreläggandet anger att en upphandlande myndighet ska utforma utvärderingsmodellen på ett sådant sätt som inte strider mot likabehandlingsprincipen. Med andra ord betyder det att Konkurrensverket behöver ange exakt hur utvärderingsmodellen istället ska vara utformad. En sådan ordning riskerar strida mot gällande praxis där även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade sett till upphandlingslagstiftningen är tillåtna såvida resultatet av upphandlingen leder till ett rättvisande resultat.

Vidare anser Kahn Pedersen, bland annat med hänsyn till vitesföreläggandets straffrättsliknande karaktär, att det måste finnas en preskriptionsfrist avseende när Konkurrensverket har möjlighet att meddela ett föreläggande förenat med vite. Konkurrensverket menar att det inte är tillräckligt att enbart sanktionera ett beteende 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, och sådana situationer i många fall inte är möjligt att ta till domstol på grund av att ansökningsfristen för upphandlingsskadeavgift löpt ut. Avsaknaden av en tidsfrist för vitesföreläggande, särskilt i kombination med att ett uttryckligt syfte med vitesförelägganden är att träffa situationer där Konkurrensverket inte har förmått att utreda förutsättningarna för att ansöka om upphandlingsskadeavgift inom den lagstadgade tidsfristen, skapar osäkerhet för både upphandlande myndigheter och leverantörer eftersom konsekvenserna blir att ingen aktör med säkerhet kan veta att kontraktet ifråga inte kommer bli föremål för Konkurrensverkets ingripande.<sup>9</sup> Likt det nuvarande institutet för upphandlingsskadeavgift rekommenderar Kahn Pedersen därför att myndigheter inte ska kunna föreläggas att upphöra med beteendet ifråga eller dömas till vite om beteendet pågått i över ett år. I tillägg till det sagda, bör det även tydliggöras i lagförslaget att vitesföreläggande inte kan användas som en alternativ påföljd för det fall att exempelvis upphandlingsskadeavgift inte har lett till önskad effekt för Konkurrensverket.

Kahn Pedersen noterar vidare 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 anses ha god betalningsförmåga.

Vid införandet av upphandlingsskadeavgifter ansåg dock regeringen att det var viktigt att bestämma ett högsta tak för avgiften, 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 påförd sanktion (vilket regeringen ansåg var en omständighet som särskilt bör beaktas). Kahn Pedersen bedömer att dessa skäl är högst relevanta även för det fall att vitesförelägganden skulle introduceras på rättsområdet. Kahn Pedersen anser

<sup>8</sup> Se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens dom RÅ 1994 ref. 29.

<sup>9</sup> Jmf. Prop. 2009/10:180 avseende anledningarna för en ansökningsfrist för upphandlingsskadeavgift, s. 206 f.

därför att det på motsvarande sätt som för upphandlingskadeavgiften lämpligen bör finnas ett tak för det vitesbelopp som Konkurrensverket kan förelägga en upphandlande myndighet att betala per överträdelse.

## 5. Förslaget om att Konkurrensverket ska få möjligheten att slippa ansöka om upphandlingskadeavgift vid ringa fall

Konkurrensverket har föreslagit att Konkurrensverket ska få möjlighet att slippa ansöka om upphandlingskadeavgift i de fall Konkurrensverket anser att det är fråga om ett sådant ringa fall där någon avgift inte bör utgå. Kahn Pedersen, som förvisso i sak inte ställer sig negativ till förslaget som sådant, kan dock inte utesluta att förslaget är oförenligt med bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet.

Den efterfrågade möjligheten att inte ansöka om upphandlingskadeavgift avser de situationer när Konkurrensverket har en obligatorisk skyldighet att ansöka om en sådan avgift, alltså i de fall när ett avtal fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Rättsmedelsdirektivet kräver dock av medlemsstaterna att föreskriva alternativa sanktioner om medlemsstaten möjliggjort för att avtal ska kunna få bestå i denna typ av extraordinära fall (se artikel 2d.2).

Vad gäller bedömningen av storleken på dessa obligatoriska alternativa sanktioner anger rättsmedelsdirektivet följande (se artikel 2e.2 andra stycket):

*"Medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bland annat hur allvarlig överträdelsen är, den upphandlande myndighetens agerande och, i de fall som avses i artikel 2d.2, i vilken utsträckning avtalet fortfarande är giltigt."* (vår understrykning)

I anslutning till förslaget om att införa en bestämmelse om att en avgift inte ska utgå i ringa fall anförde regeringen följande i förarbetena (se prop. 2009/10:180, s. 197-198):

*"Enligt ändringsdirektivet, artikel 2e.2, får medlemsstaterna ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens eller enhetens agerande. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek."*

(...)

*"I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras."* (vår understrykning)

Såväl EU-lagstiftaren som regeringen kopplar således bedömningen av avgiftens storlek, och frågan om en avgift inte ska utgå i ringa fall, till "det behöriga prövningsorganets" bedömning av de relevanta omständigheterna i det enskilda fallet.

Eftersom Konkurrensverket i dagsläget utgör behörig tillsynsmyndighet och inte behörigt prövningsorgan är det enligt Kahn Pedersens mening troligt att det i dagsläget inte är förenligt med rättsmedelsdirektivets bestämmelser att överlåta bedömningen av om det

föreligger sådana omständigheter att det rör sig om ett ringa fall till Konkurrensverket, i egenskap av ansvarig tillsynsmyndighet. Kahn Pedersen kan mot denna bakgrund inte tillstyrka förslaget.

Kahn Pedersen vill dock i detta sammanhang särskilt notera att de dock inte finns något hinder för Konkurrensverket att i en ansökan om upphandlingsskadeavgift ange att Konkurrensverket anser att det föreligger sådana omständigheter som talar för att avgiften ska efferges.

## 6. En höjning av upphandlingsskadeavgiftens storlek

I promemorian föreslås att den nuvarande maximala nivån för upphandlingsskadeavgift ska höjas från dagens nivå på tio (10) miljoner kronor till tjugo (20) miljoner kronor. Kahn Pedersen avstyrker förslaget.

Inledningsvis anser Kahn Pedersen att Konkurrensverket inte kunnat redogöra för ett faktiskt behov av att höja avgiften, annat än med motiveringen att den i vissa fall inte kan anses proportionerlig och avskräckande. Kahn Pedersen anser vidare inte att det redovisats några faktiska omständigheter som tyder på att de tidigare avväganden avseende avgiftens maximala storlek som gjorts i förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift inte längre skulle vara aktuella.

Kahn Pedersen kan även notera att det i nämnda förarbeten anges följande, se sid. 196:

*"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."*

Såvitt känt har det dock inte genomförts någon sådan utvärdering av utfallet av införandet av en upphandlingsskadeavgift i förhållande till avgiftens storlek. Den genomgång som däremot har gjorts avseende erfarenheterna av avgiften visar 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 erlagga avgift har genomfört organisationsförändringar, i form av förbättrade inköpsrutiner m.m., se Konkurrensverkets rapport *Konkurrens- och upphandlingstillsyn 2018*, bilaga 4 uppföljning av upphandlingsärenden, rapport 2019:1.

I rapporten anges överhuvudtaget inte att upphandlingsavgiftens storlek som sådan skulle ha haft någon negativ inverkan på myndigheternas vilja att förändra sina upphandlingsrutiner. En genomgång av Konkurrensverkets samlade ansökningar om utdömande av upphandlingsskadeavgift visar dessutom att Konkurrensverket endast i mindre än fyra procent av fallen yrkat på maximal avgift.<sup>10</sup> Det faktiska behovet av att höja den maximala gränsen för upphandlingsskadeavgiften framstår mot denna bakgrund som mycket begränsat.

---

<sup>10</sup> Yrkande om maximal avgift har sammanlagt förekommit i 7 av 186 fall vilket motsvarar  $(7/186=)$  3,8 procent av det totala antalet ansökningar.

Konkurrensverket har i sin promemoria inte heller i någon vidare utsträckning redogjort för faktiska situationer där det faktiskt funnits ett behov av en högre avgift för att uppnå en proportionerlig och avskräckande effekt.

Utän stöd av någon närmare utredning av upphandlingsskadeavgiftens effekt kan inte heller uteslutas att det förvisso vore lämpligt att höja avgiftens storlek men till en nivå som är lägre än den som nu föreslås. I avsaknad av en sådan utredning som regeringen efterlyser i förarbetena, vilken hade kunnat svara på frågan om vilken nivå på upphandlingsskadeavgiften som är lämplig, avstyrker Kahn Pedersen förslaget.

## **7. En förlängd tidsfrist för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift**

Kahn Pedersen anser inte att förslaget om att tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift ska förlängas till två år utgör en lämplig avvägning mellan dels Konkurrensverkets behov att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas, och dels tillsynsobjektens rättssäkerhet.

Om Konkurrensverket behöver ytterligare tid för att utreda sina tillsynsärenden bör det i första hand lösas genom att Konkurrensverket ändrar sina handläggningsrutiner eller tillförs större resurser. Det vore orimligt om upphandlande myndigheter och de leverantörer med vilka de ingått de aktuella avtalen ska drabbas av den ovisshet som uppkommer i och med Konkurrensverkets utredning under en längre tid än vad som är absolut nödvändigt.

Slutligen bör det betonas att lagstiftaren sedan tidigare uttalat att ett år är en rimlig tidsfrist vid avvägningen mellan dels Konkurrensverkets behov av tid för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas och de upphandlande myndigheternas intresse av att inte sväva i ovisshet om huruvida en sådan talan kommer väckas.<sup>11</sup> Såvitt framgår av promemorian finns det inte någon avgörande omständighet som ändrats sedan införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och som skulle kunna motivera att en annan bedömning görs i dagens läge. Promemorian innehåller dessutom vare sig något underlag kring hur många ärenden som lagts ned till följd av att preskriptionstiden löpt ut eller någon redogörelse som visar att Konkurrensverket vidtagit alla möjliga åtgärder vad avser effektiviteten i den egna handläggningen. Det är med andra ord inte visat att en förlängd tidsfrist för ansökan är det enda möjliga sättet att komma tillrätta med den problematik som Konkurrensverket beskriver.

Det bör slutligen understrykas att unionslagstiftaren ansett att sex månader är en rimlig preskriptionstid för en enskild leverantör att identifiera och väcka talan mot en otillåten direktupphandling och att denna preskriptionsfrist bör respekteras med hänsyn till grundläggande rättssäkerhetsaspekter. Enligt Kahn Pedersens mening förklarar inte de skäl som anges i promemorian varför Konkurrensverket, som i egenskap av expertmyndighet naturligtvis har både utrednings- och processföringsresurser som vida överstiger enskilda leverantörers, skulle behöva två år för att göra samma sak som en leverantör förväntas göra på sex månader.

---

<sup>11</sup> Prop. 2009/10:180 del 1, s. 208 f.

## 8. En utvidgning av Konkurrensverkets instruktion

I promemorian föreslås att Konkurrensverket får i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande.

Kahn Pedersen har, i och för sig, ingenting mot att arbetet mot korruption och annat förtroendeskadligt beteende förstärks, eftersom dessa fenomen är skadliga för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.

För att ett sådant arbete ska kunna bedrivas på ett effektivt och transparent sätt är det dock av stor vikt att det utökade uppdrag som Konkurrensverket skulle få tydligt definieras, dels i förhållande till vilka uppgifter som Konkurrensverket därmed ska utföra, dels i förhållande till vilken lagstiftning som Konkurrensverket ska utgå ifrån i sitt arbete, samt dels hur interaktionen med andra utredande och rättsvårdande myndigheter ska ske.

Enligt Kahn Pedersens mening är det i dagsläget otydligt med vad som i promemorian faktiskt avses med begreppen korruption och annat förtroendeskadligt agerande. Det går t.ex. inte att utesluta att Konkurrensverket genom den nya instruktionen får i uppdrag att uppmärksamma och motarbeta sådana handlingar som kan utgöra mutbrott i straffrättslig mening. Eftersom det är andra myndigheter som ska utreda rent brottslig verksamhet är det viktigt att Konkurrensverkets uppdrag i dessa delar särskilt förtydligas.

Promemorian innehåller inte heller någon redovisning för vilka åtgärder som Konkurrensverket ska ha möjlighet att vidta inom ramen för sina utökade befogenheter. Enligt Kahn Pedersens mening lämpar sig Konkurrensverkets nuvarande katalog av åtgärder mindre väl för att komma tillrätta med korruption och annat förtroendeskadligt beteende. Inte heller är varken förbud eller förelägganden lämpliga åtgärder vid korruption eller liknande beteenden eftersom det kan diskuteras hur ett sådant beslut skulle utformas. Särskilt problematiskt blir detta i förhållande till beslutets själva motivering. Om det av beslutsskäl, rimligtvis, framgår att beslutet att förbjuda en myndighet att ingå avtal i en viss upphandling är motiverat av misstankar om korruption eller annat förtroendeskadligt beteende uppstår särskilt problematiska rättssäkerhetsaspekter eftersom sådana uttalanden vore mycket betungande. Det är i dessa fall särskilt viktigt att beslutet går att överklaga såväl skälsmässigt som vad gäller själva beslutsmeningen, en ordning som är främmande för svensk rätt.

Vidare kan det noteras att ett beslut av Konkurrensverket som rör misstänkt korruption inte är begränsat av samma höga beviskrav som t.ex. beslut om åtal. Det vore ytterst allvarligt om Konkurrensverket skulle kunna uttala sig om i det närmaste straffsanktionerade förseelser utan samma höga krav på bevisning som gäller inom straffrätten.

Kahn Pedersen kan vidare notera att regeringen just nu arbetar med en ny handlingsplan mot korruption och att frågan om hur det s.k. visselblåsardirektivet ska genomföras för närvarande utreds. Inom ramen för utredningen av implementeringen av visselblåsardirektivet ingår för utredaren att bedöma och ta ställning till vilken eller vilka myndigheter som ska inrätta externa kanaler för att ta emot rapporter avseende överträdelse av unionslagstiftningen, bl.a. oegentligheter inom ramen för offentlig upphandling. Uppdraget ska redovisas senast den 29 maj 2020.<sup>12</sup> Enligt Kahn Pedersens mening bör lämpligen samma myndighet som får i uppdrag att upprätta en extern kanal

---

<sup>12</sup> Se Kommittédirektiv 2019:24, Genomförande av visselblåsardirektivet.

för att ta emot tips angående oegentligheter vid offentlig upphandling också få i instruktion att motverka korruption och annat förtroendeskadligt beteende vid offentlig upphandling.

Mot denna bakgrund föreslår Kahn Pedersen att frågan om en utökning av Konkurrensverkets instruktion bör avvakta slutredovisningen av utredningen avseende visselblåsar direktivets genomförande. Oaktat detta bör frågan om en utvidgning av Konkurrensverkets instruktion utredas i större omfattning, i syfte att särskilt klargöra formerna och effekterna av en sådan utökning.