

Regeringskansliet
Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Dnr Fi2019/02619/OU

Remissyttrande av Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

Förvaltningsrätten har, utifrån de utgångspunkter som domstolen har att beakta, följande synpunkter på de förslag som läggs fram.

Förslagen till lagar om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

I de föreslagna tilläggen i 21 kap. 5 § tredje stycket respektive 17 kap. 5 § tredje stycket anges att tillsynsmyndigheten får besluta att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift i vissa fall. Eftersom de nya styckena riktar sig till tillsynsmyndigheten och bestämmelsen i övrigt riktar sig till domstolen, bör övervägas att placera de föreslagna styckena i nya separata §§.

I de föreslagna bestämmelserna 22 kap. 5 a § respektive 18 kap. 5 a § anges att föreläggande och förbud enligt 4 § inte får avse åtgärder som omfattas av en ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 §. Enligt promemorian syftar bestämmelserna till att en och samma överträdelse inte ska kunna förenas med såväl vite som upphandlingsskadeavgift (se sidan 47 och 67 i promemorian). För att skapa tydlighet och stringens i lagstiftningen bör övervägas om ”förenas med vite om det avser” bör införas i bestämmelserna istället för ”avse”.

Förvaltningsrätten noterar även att de föreslagna bestämmelserna 17 kap. 2 a § och 18 kap. 5 a § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet hänvisar till 22 kap. 5 § respektive 21 kap. 1 §. Det förefaller vara skrivfel då hänvisningarna rätteligen bör vara till 18 kap. 5 § och 17 kap. 1 § i dessa lagar.

Vitesföreläggande mot staten

I promemorian föreslås att föreläggande och förbud får förenas med vite, även gentemot statliga upphandlande myndigheter (se sidan 59 och 60 i promemorian och föreslagna bestämmelser om vite, bl.a. 22 kap. 5 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Frågan om vitesföreläggande mot staten har tidigare behandlats i flera förarbeten till annan lagstiftning än upphandlingslagstiftningen. I dessa konstateras att det anses vara en vedertagen princip att staten inte föreläggs vite. Vidare framgår att det inte är helt uteslutet att förelägga staten vite utan författningsstöd. Om det är tillåtet eller inte beror delvis på i vilken form staten uppträder. På det marknadsrättsliga området, dvs. när staten agerar som ett privaträttsligt subjekt krävs inte författningsstöd. Utrymmet för vitesföreläggande utanför det marknadsrättsliga området bedöms vara så litet att det i princip krävs författningsstöd och att det rör sig om speciella undantagsfall för att staten ska få föreläggas. Exempel på sådana bestämmelser finns i 4 kap. 5 § diskrimineringslagen (2008:567) och 7 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160) där det anges att staten kan föreläggas med vite som arbetsgivare (se SOU 2009:58 s. 1159 f., prop. 1984/85:96 s. 99 f., prop. 2002/03:50 s. 167, prop. 2008/09:231 s. 51 samt prop. 2012/13:143 s. 66 f.).

Mot bakgrund av ovan nämnda förarbetsuttalanden är en avgörande fråga för om statliga upphandlande myndigheter ska kunna föreläggas vid vite utan författningsstöd i vilken egenskap en sådan myndighet agerar vid offentlig upphandling. Enligt promemorian bör upphandlande myndigheters inköp betraktas såsom ett privaträttsligt agerande eftersom upphandlingsverksamhet inte är myndighetsutövning utan mer liknar ett agerande på en marknad (se sidan 60 i promemorian). Ett ärende rörande offentlig upphandling utgör till stor del ett civilrättsligt förhållande och inte myndighetsutövning. Lagstiftningen kan vidare anses befinna sig i gränslandet mellan förvaltningsrätt och civilrätt och ger handlingsregler för myndigheter och enheter som de ska följa vid anskaffningen av varor, tjänster m.m. på marknaden (se prop. 2006/07:128 s. 143 samt prop. 2015/2016:195 s. 303 och bilaga 24 s. 1016). Upphandlingslagstiftningen reglerar förfarandet vid upphandling som genomförs av en inköpare i dess egenskap av en offentlig organisation, en upphandlande myndighet. Att en upphandlande myndighet agerar som ett privaträttsligt subjekt på det marknadsrättsliga området är inte självklart enligt förvaltningsrättens mening. I syfte att klargöra om statliga upphandlande myndigheter kan föreläggas vid vite enligt den föreslagna lagstiftningen och för att undvika tillämpningssvårigheter, bör det övervägas att ytterligare utreda frågan i vilken form en upphandlande myndighet agerar samt eventuellt behov av särskilt författningsstöd.

Författningskommentaren

Det bör övervägas att placera skrivningar som har karaktären av allmänna råd för tillsynsmyndigheten i löpande text istället för i författningskommentaren (se bl.a. skrivningarna om hur myndigheten ska agera för att undvika dubbla processer på sidan 67 i promemorian).

Konsekvenser för Sveriges domstolar

Enligt promemorian bedöms endast en marginell kostnadsökning på grund av ny ärendetyp uppstå hos de allmänna förvaltningsdomstolarna med hänvisning till bl.a. de resurser Konkurrensverket har att fatta beslut i aktuella ärenden. Enligt promemorian talar den omständigheten att myndigheten ska kunna avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift i vissa fall för att kostnaderna för de olika ärendetyperna tar ut varandra.

Det bör framhållas att införandet av den allt mer omfattande och komplexa regleringen på upphandlingsområdet med ökade ingripandemöjligheter kan komma att medföra ett ökat antal mål hos allmän förvaltningsdomstol. Förvaltningsrätten konstaterar att förslagen inte bara innebär att Konkurrensverkets beslut får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol utan också att Konkurrensverket får ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om utdömande av vite och under en längre tidsperiod ansöka om upphandlingsskadeavgift. Vidare bör det framhållas att de ärenden som tillkommer och de som kan antas öka kan komma att vara av en mer brådskande, komplicerad eller omfattande karaktär än de ärenden som kan antas minska till följd av att Konkurrensverket avstår från att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten vill därför framhålla att domstolarna måste garanteras nödvändiga medel för att kunna hantera den ökade regleringen av upphandlingstillsynen.

Detta yttrande har beslutats av chefsrådmannen Anna Önell. Föredragande har varit förvaltningsrättsfiskalen Amanda Andersson.

Anna Önell

Amanda Andersson