

Stockholm den 11 februari 2020

R-2019/2159

Till Finansdepartementet

Fi2019/02619/OU

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 30 oktober 2019 beretts tillfälle att avge yttrande över Konkurrensverkets promemoria av den 1 juli 2019 med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen.

Sammanfattning

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag om att Konkurrensverket ska få befogenhet att meddela de förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Om Konkurrensverket ska ges utökade befogenheter att beivra konkurrensnedvridande beteenden i upphandling, måste detta bli föremål för ytterligare utredning.

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag om att tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift ska förlängas till två år.

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag om att högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift ska höjas till 20 miljoner kronor.

Advokatsamfundet föreslår att promemorians förslag om att Konkurrensverket ska kunna besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall ska utredas vidare.

Advokatsamfundet bedömer att det kan finnas skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift. En sådan utvidgning fordrar emellertid vidare utredning. Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag om att Konkurrensverket ska ges möjlighet att förena ett förbud eller föreläggande med vite.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot att det i Konkurrensverkets instruktion anges att Konkurrensverket ska uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande. Advokatsamfundet föreslår emellertid att Konkurrensverkets uppdrag i dessa avseenden tydliggörs.

Inledning

Konkurrensverkets promemoria avser tillsyn enligt upphandlingslagarna,¹ lagarna om valfrihetssystem² och rättsmedelsdirektiven.³ Av framställningstekniska skäl kommer detta remissvar att tala om *rättsmedelsdirektivet* och *upphandlingslagstiftningen* i bestämd form singular, men ska förstås som att det i tillämpliga delar omfattar samtliga aktuella lagar och direktiv. Av samma anledning talas det endast om *upphandlande myndigheter*, även om framställningen också omfattar upphandlande enheter.

Utökning av Konkurrensverkets befogenheter i fråga om förelägganden och förbud

Advokatsamfundet anser att det saknas behov av utökade tillsynsbefogenheter för Konkurrensverket och avstyrker Konkurrensverkets förslag i avsnitt 4.1 om att verket ska få befogenhet att meddela de förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas.

Advokatsamfundet ifrågasätter generellt om det i dagsläget finns ett behov av att ge Konkurrensverket utökade tillsynsbefogenheter och mer specifikt, om de skäl som anges i promemorian ger stöd för att ett sådant behov finns.

Det kan inledningsvis konstateras att rättsmedelsdirektiven saknar krav på att en nationell tillsynsmyndighet ska ha möjlighet att ingripa mot överträdelser av upphandlingsdirektiven. Det finns således inga unionsrättsliga krav varken på att Konkurrensverket eller någon annan tillsynsmyndighet ska ha vissa befogenheter på upphandlingsområdet eller på att Konkurrensverkets tillsyn ska uppnå några särskilda effektivitetskrav. Enligt det system som unionslagstiftaren har byggt upp, ska upphandlande myndigheters iakttagande av upphandlingsrätten i stället 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.

Frågan om Konkurrensverkets tillsynsbefogenheter är således en rent nationell fråga. Konkurrensverket har en betydelsefull roll i att sprida kunskap om upphandlings-

¹ 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.

² Lagen (2008:962) om valfrihetssystem, och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

³ 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).

lagstiftningen. Enligt Advokatsamfundets uppfattning är den absolut viktigaste tillsynsfunktionen dock enskilda leverantörers möjlighet att ansöka om överprövning vid överträdelser av upphandlingslagstiftningen. Det är en sådan ordning som unionslagstiftaren föreskrivit och den är också mer ändamålsenlig än den tillsyn som en tillsynsmyndighet kan bedriva.

En viktig skillnad mellan Konkurrensverkets tillsyn och den tillsyn som drivs av leverantörskollektivet är att en leverantör endast framgångsrikt kan ansöka om överprövning i upphandlingar, där den är en potentiell leverantör av den upphandlingen avser och där leverantören dessutom lidit skada av den överträdelse som leverantören gör gällande. Detta säkerställer att de processer och rättsfrågor som drivs av leverantörskollektivet också har praktisk betydelse för leverantörers möjlighet att konkurrera om kontrakt.

Som skäl för att utöka sina tillsynsbefogenheter anför Konkurrensverket framför allt att detta skulle leda till ett mer effektivt uppnående av upphandlingslagstiftningens syften, vilka anges vara att säkerställa att skattemedel används på bästa sätt samt att motverka korruption. Detta skäl bygger på antagandet att befintliga rättsmedel, dvs. de leverantörsstyrda rättsmedlen, är otillräckliga för att uppnå en god regelefterlevnad hos upphandlande myndigheter i Sverige. Det kan konstateras att promemorian inte ger stöd för detta antagande och att de senaste årens utredningar på området snarare kommer till motsatt slut. Dessa ger snarare stöd för att antalet överprövningar av upphandling i Sverige är jämförelsevis högt, att risken för överprövning gör svenska myndigheter överdrivet försiktiga och kan hämma innovation samt att åtgärder bör vidtas för att minska de negativa effekterna av överprövningar vid offentlig upphandling.⁴ Dessa förslag behandlas just nu av regeringen, som inom kort kommer att föreslå åtgärder för att minska de negativa effekterna av rättsmedel. Konkurrensverkets slutsats, att det behövs ytterligare rättsmedel för att säkerställa syftena med upphandlingslagstiftningen i Sverige, är mot denna bakgrund inte tillräckligt analyserade i promemorian.

Detta blir särskilt tydligt, då det kan konstateras att Konkurrensverkets förslag innebär att verket skulle kunna fatta bindande beslut inte bara avseende otillåtna direktupphandlingar, utan även i fråga om alla typer av överträdelser av upphandlingslagstiftningen. Enligt Advokatsamfundets mening är behovet av Konkurrensverkets tillsyn långt mindre inom ramen för ett annonserat förfarande än vad gäller otillåtna direktupphandlingar. När upphandlingsskadeavgift (då kallad marknadsskadeavgift) först föreslogs,⁵ skedde detta dels för att uppfylla rättsmedelsdirektivets krav på en alternativ sanktion i de fall ett ogiltigförklarat avtal får bestå till följd av tvingande hänsyn till allmänintresset, dels för att beivra otillåtna direktupphandlingar (för vilka departementspromemorian presumerade att det fanns ett mörkertal och bedömde att befintliga leverantörsstyrda rättsmedel inte var tillräckliga).

⁴ SOU 2011:73 På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen; SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling; SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m. samt SOU 2018:44, Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

⁵ Se departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30).

Det kan konstateras att ingendera av dessa två bevekelsegrunder gör sig gällande för att utvidga Konkurrensverkets befogenheter i fråga om förelägganden och förbud till att avse andra överträdelser än otillåtna direktupphandlingar. Till skillnad från vad som gäller för direktupphandlingar, finns inget mörkertal eller rättsmedelsunderskott vad avser överträdelser inom ramen för en annonserad upphandling. Tvärtom är de överträdelser som Konkurrensverket nämner som exempel – riktade förfrågningsunderlag och tekniska specifikationer, avrop som sker i strid med ett annonserat ramavtal och godtyckliga samt oprecisa utvärderingskriterier – överträdelser som mycket regelbundet prövas inom ramen för leverantörskollektivets ansökningar om överprövning. Det kan ifrågasättas vilken nytta som tillförs av att även Konkurrensverket kan föra process om hur en upphandlande myndighet i en viss upphandling har valt att utforma en teknisk specifikation eller en viss utvärderingsmodell. Advokatsamfundets uppfattning är att leverantörskollektivets tillsyn av dessa frågor är tillräcklig och att Konkurrensverkets tillsyn skulle riskera att inkräkta på upphandlande myndigheters rätt att, inom ramen för de grundläggande principerna, själva bedöma hur upphandlingar ska utformas för att tillvarata myndigheternas behov.

Det ligger vidare i Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet att inta en något striktare syn på hur upphandlingsregelverket ska tolkas än vad som är fallet med exempelvis en domstol eller en rent rådgivande och stödjande myndighet. Ett exempel på detta är att Konkurrensverket i ett rättsligt ställningstagande avseende den så kallade Coopservice-omen intog en striktare tolkning än vad Upphandlingsmyndigheten gjort i sin vägledning avseende samma dom.⁶ I promemorian anges att ett skäl för att utvidga Konkurrensverkets tillsynsbefogenheter är att vissa bestämmelser, såsom myndighetens skyldighet att motivera att inte dela upp ett kontrakt, inte går att överpröva.⁷ Att det förhåller sig på detta sätt är emellertid helt i enlighet med vad unionslagstiftaren föreskrivit i skälen till upphandlingsdirektiven och det vore således en överreglering om Sverige skulle införa särskilda rättsmedel för denna bestämmelse.⁸ Konkurrensverket anger sig vidare vilja kunna beivra tillsvidareavtal och förmå myndigheter att säga upp sådana. Detta trots att EU-domstolen funnit att det inte finns någon skyldighet för upphandlande myndigheter att säga upp befintliga avtal, ens om de tillkommit som ett resultat av en otillåten direktupphandling.⁹

Att en tillsynsmyndighet på detta sätt intar en strikt hållning vad avser oklara rättsfrågor kan vara motiverat, särskilt på områden där regelefterlevnaden är låg eller där det finns en tendens hos tillsynsobjekten att ha en alltför flexibel syn i tolkningen av lagens bestämmelser. Som framgår av ovan nämnda utredningar, finns emellertid inte detta problem vad avser annonserade förfaranden enligt upphandlingslagstiftningen. Tvärtom identifierar flera av utredningarna att rädslan för att göra fel gör att myndigheter inte

⁶ Se Konkurrensverkets rättsliga ställningstagande 2019:1, Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice, jämfört med Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 2019:3, Takvolym i Ramavtal. Konkurrensverket tolkar EU-domstolens dom som att såväl maximal kvantitet som maximalt värde måste anges vid annonsering av ett ramavtal medan Upphandlingsmyndigheten tolkar samma dom som att enbart maximal kvantitet måste anges.

⁷ Se Konkurrensverkets promemoria, s. 45.

⁸ Se skäl 78 till direktiv 2014/24, där det anges att myndighet ska vara fri att besluta om uppdelningen av ett kontrakt utan att underkastas administrativ eller rättslig kontroll.

⁹ Se EU-domstolens dom i C-91/08, Wall, p. 65.

använder den flexibilitet som lagstiftningen trots allt tillåter.¹⁰ Detta bedöms vara till skada för den goda affären.¹¹

Mot denna bakgrund och mot bakgrund av pågående initiativ för att minska nuvarande rättsmedels potentiella skadeverkningar på offentlig upphandling, finns det skäl att ifrågasätta lämpligheten i att nu ge Konkurrensverket utökade tillsynsbefogenheter avseende annonserade upphandlingar. Detta gäller naturligtvis särskilt som Konkurrensverket enligt förslaget kommer att kunna meddela förelägganden och förbud vid vite, vilket får antas ytterligare bidra till en ökad försiktighet hos upphandlande myndigheter vad avser tillämpningen av upphandlingslagstiftningens bestämmelser om annonserade förfaranden.

Som skäl för ökade tillsynsbefogenheter har Konkurrensverket även angett att upphandlande myndigheter inte efterkommer Konkurrensverkets tillsynsbeslut, eftersom dessa i nuläget inte är bindande. Det kan emellertid konstateras att det underlag som Konkurrensverket hänvisar till, i form av Konkurrensverkets egna intervjuer med upphandlande myndigheter, ger motsatt bild, dvs. att upphandlande myndigheter, så när som på i något enstaka fall, efterkommer Konkurrensverkets tillsynsbeslut.¹² Promemorian ger således inte heller i detta avseende något stöd för att utöka Konkurrensverkets tillsynsbefogenheter.

Såsom anförts i promemorian är slutligen ett av de bärande skälen bakom förslaget att Konkurrensverket ska kunna beivra otillåtna direktupphandlingar även om preskriptionstiden för en ansökan om upphandlingsskadeavgift löpt ut. Det ter sig lagstiftningstekniskt besynnerligt att å ena sidan föreslå en preskriptionsfrist att beivra otillåtna direktupphandlingar, samtidigt som Konkurrensverket å andra sidan föreslår nya tillsynsbefogenheter där Konkurrensverket kan förbjuda samma direktupphandlingar oaktat denna preskriptionsfrist. Detta särskilt som Konkurrensverket också föreslår att verket ska kunna förena förbudet med ett vite. I praktiken kommer Konkurrensverket att kunna beivra en direktupphandling och dessutom genom vite tvinga fram uppsägning av direktupphandlingsavtalet alldeles oberoende av hur långt tillbaka i tiden avtalet ingicks.

Som anmärkts ovan innehåller unionsrätten inte något allmänt krav på att upphandlande myndigheter ska säga upp direktupphandlade avtal. Det kan vidare konstateras att unionslagstiftaren, vid införandet av en ogiltighetsstraff mot otillåtna direktupphandlingar, noga övervägt de rättssäkerhetsaspekter som aktualiseras i samband med ogiltighet av avtal. Det framgår dessutom av EU-domstolens praxis att nationell rätt av rättssäkerhetshänsyn måste innehålla en tydlig preskriptionsfrist för att ogiltigförklara avtal.¹³ Konkurrensverkets förslag innebär att verket, utan beaktande av någon preskriptionsfrist, när som helst kan tvinga fram en uppsägning av ett direktupphandlat

¹⁰ Se exempelvis SOU 2011:73 s. 15, s. 83 samt s. 86-87; SOU 2013:12, s. 18, s. 197 och s. 342.

¹¹ Se exempelvis SOU 2013:12 s. 347.

¹² Konkurrensverkets rapportserie 2016:1 Tillsyn har effekt – uppföljning av Konkurrensverkets upphandlingstillsyn.

¹³ Se skäl 25 och 27 till rättsmedelsdirektiven, där det tydligt anges att rättssäkerheten kräver att det fastställs en rimlig minsta preskriptionstid för prövning av att fastställa att ett avtal är ogiltigt samt att möjligheten att förklara ett avtal ogiltigt ska begränsas till en viss period. Se även EU-domstolens dom av den 26 november 2015 i mål C-166/14, MedEval, EU:C:2015:779, pp. 31,33 och 40.

avtal. Det är Advokatsamfundets uppfattning att detta underminerar de överväganden som görs gällande i skälen till rättsmedelsdirektiven samt går emot EU-domstolens uttalanden om preskriptionsfrist för ogiltighet. Utan vidare utredning är det därför enligt Advokatsamfundets mening inte möjligt att bedöma om Konkurrensverkets förslag är förenligt med unionsrätten. Tvärtom talar mycket för att Konkurrensverkets förslag är oförenligt med unionsrättens krav på rättssäkerhet.

Det kan vidare konstateras att ett föreläggande om att en upphandlande myndighet ska upphöra att tillämpa ett bindande avtal naturligtvis får civilrättsliga konsekvenser och drabbar tredje man, i vart fall den leverantör som ingått det aktuella avtalet och dennes underleverantörer. Enligt Advokatsamfundets mening har dessa tredje män en berättigad förväntan av att upphandlande myndigheter inte säger upp avtal annat än när det föreligger skäl för uppsägning enligt avtalet. Det kan naturligtvis även uppstå situationer där upphandlande myndigheter riskerar ådra sig skadeståndsskyldighet gentemot en avtalsmotpart för att kunna följa ett av Konkurrensverket beslutat föreläggande. Även hänsyn till tredjemansintressen talar således mot Konkurrensverkets förslag. Under alla förhållanden hade dessa intressen behövt behandlas utförligare i promemorian.

Det kan avslutningsvis noteras att Konkurrensverket tidigare haft möjlighet att hos Marknadsdomstolen ansöka om att förbjuda en myndighets konkurrensnedvridande beteende vid offentlig upphandling enligt lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende vid upphandling. Lagen upphävdes, bland annat på Konkurrensverkets anmodan, i slutet av 2008 för att den ansågs för vagt utformad och svårtillämpad.¹⁴

Konkurrensverkets förslag innehåller otydligheter som måste utredas vidare

Som framgår ovan ifrågasätter Advokatsamfundet behovet av och lämpligheten i att utöka Konkurrensverkets tillsynsbefogenheter. För det fall en sådan utökning ändå övervägs vill Advokatsamfundet göra följande anmärkningar rörande förslagets utformning.

Det saknas preskriptionstid

Som angetts i föregående avsnitt saknar förslaget preskriptionstid. Vad avser otillåtna direktupphandlingar innebär detta sannolikt att förslaget strider mot rättsmedelsdirektivet och även vad avser andra typer av överträdelser kan ifrågasättas om det verkligen är lämpligt att Konkurrensverket exempelvis ska kunna förmå en myndighet att säga upp ett avtal när som helst under avtalets löptid till följd av någon brist vid upphandlingens genomförande eller i avtalets utformning.

Förslaget är för vagt utformat

Enligt förslagets nuvarande utformning ska Konkurrensverket kunna meddela de förelägganden och förbud som behövs för att den aktuella lagen ska följas.

¹⁴ Se prop. 2007/08:135 s. 236 f.

Konkurrensverkets möjligheter att ingripa skulle således vara mycket omfattande och det är svårt att förutse vilka beteenden som kan föranleda ett föreläggande eller ett förbud. Den föreslagna ordningen avviker från vad som är fallet för tillsynslagstiftning på andra områden, där det i regel tydligt anges vilka överträdelser som kan leda till olika ingripanden.¹⁵ Advokatsamfundet efterlyser därför, för det fall regeringen skulle finna skäl att utvidga Konkurrensverkets tillsynsbefogenheter, en tydligare uppräknig av vilka typer av överträdelser som kan föranleda ett förbud eller föreläggande samt redogörelser för hur sådana förbud och förelägganden ska utformas.

Konkurrensverket bör vara en ansökande myndighet

Konkurrensverkets förslag skulle, såsom det är formulerat, innebära att Konkurrensverket som första instans fattar tillsynsbeslut rörande överträdelser av upphandlingslagstiftningen. Detta skiljer sig på ett avgörande sätt från nu gällande sanktioner på upphandlingsområdet, vilka beslutas av förvaltningsdomstol efter ansökan av antingen Konkurrensverket eller en leverantör. Att Konkurrensverket direkt ska kunna fatta beslut om vad som utgör en överträdelse av upphandlingsreglerna och dessutom vid vite förelägga myndigheter att efterkomma Konkurrensverkets beslut, är en helt avgörande förändring i jämförelse med Konkurrensverkets nuvarande roll.

I förarbetena till nuvarande bestämmelser om upphandlingsskadeavgift anger regeringen följande rörande varför det är lämpligt att Konkurrensverket ansöker om påförande av upphandlingsskadeavgift snarare än beslutar om sådan avgift.¹⁶

”Vissa principiella betänkligheter mot detta uppkommer dock i upphandlingssammanhang av den anledningen att det kan vara fråga om att en myndighet bedömer en annan myndighets handlande. Rent principiellt talar detta för att frågan om att påföra en upphandlingsskadeavgift ska hanteras av domstol. Vidare bör beaktas att bedömningen av om t.ex. avtalsspärr har iakttagits eller om en otillåten direktupphandling har gjorts, prövas av domstol i första instans i målen om överprövning. Det finns mot den bakgrunden skäl för att detsamma ska gälla även när det gäller påförande av upphandlingsskadeavgift. Hänsyn bör även tas till vad som bäst främjar rättssäkerheten. Det gör sig i och för sig främst gällande när påförande av en sanktion är beroende av om överträdelserna skett med uppsåt eller av oaktsamhet och när reglerna är utformade på sådant sätt att det finns utrymme för skönsmässiga bedömningar. När det gäller upphandlingsskadeavgift gör regeringen bedömningen att det är lämpligast att avgiften utdöms av domstol efter ansökan av tillsynsmyndigheten.”

Promemorian innehåller inget underlag för varför Konkurrensverket nu gör en annan bedömning än regeringen tidigare gjort. Tvärtom kan konstateras att inslaget av skönsmässiga bedömningar kommer att göra sig än mer gällande om Konkurrensverkets tillsynsbefogenheter utsträcks på det sätt som Konkurrensverket föreslår, dvs. så att det omfattar alla överträdelser av upphandlingsreglerna och inte enbart otillåtna direktupphandlingar. Det finns anledning att tro att huvuddelen av Konkurrensverkets förbud och förelägganden, i den mån de inte rör otillåtna direktupphandlingar, kommer att röra tillämpningen och tolkningen av 4 kap. 1 § LOU, av vilken följande framgår:

¹⁵ Se t.ex. 7 kap. 3 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, 4 kap. 5 § diskrimineringslagen (2008:567), 12 kap. 3 § ellagen (1997:857) och 7 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 202.

”Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.”

Vad denna bestämmelse innebär för skyldigheter för den upphandlande myndigheten i olika skeden före, under och efter en upphandling är i allra högsta grad föremål för en pågående rättsutveckling och det saknas fortfarande praxis från Högsta förvaltningsdomstolen vad gäller många upphandlingsrättsliga frågor. Konkurrensverkets förbud och förelägganden kommer således inte alltid att grunda sig i ett helt klarlagt rättsläge. Tvärtom kommer Konkurrensverkets förbud och förelägganden ofta grunda sig i Konkurrensverkets bedömning av vad som *torde* vara gällande rätt, inte minst som Konkurrensverket har som uttalat mål att driva rättsutvecklingen framåt.

Advokatsamfundets uppfattning är därför att det, med utgångspunkt i de överväganden som regeringen gjort avseende upphandlingsskadeavgift, vore olämpligt att införa en ordning där Konkurrensverket som första instans beslutar om innehållet i upphandlingsrätten. Det kan vidare konstateras att promemorian inte innehåller någon redogörelse för vilka överväganden Konkurrensverket gjort i detta avseende.

Det framgår inte när förbud och förelägganden ska gälla omedelbart

Vidare föreslås att Konkurrensverket ska kunna bestämma att dess förelägganden och förbud ska gälla omedelbart. Det är av rättssäkerhetsskäl av stor betydelse att ett sådant avsteg är tydligt avgränsat och motiverat av hänsyn som väger väsentligen tyngre än den enskildes behov av rättssäkerhet. Så är särskilt fallet när fråga inte är om att besluta om tillämpning av någon tydligt definierad och verifierbar skyldighet angiven i lag eller föreskrift, utan om tolkningen och tillämpningen av unionsrättsliga principer. Det är mot denna bakgrund olyckligt att promemorian inte belyser vilka överväganden Konkurrensverket gjort i detta avseende. Under alla omständigheter hade det behövt exemplifieras när Konkurrensverkets beslut ska kunna gälla omedelbart och anges vilka överväganden som ligger till grund för denna bedömning.

Förslaget saknar vissa centrala begränsningar

Det kan vidare noteras att det inte finns någon begränsning av Konkurrensverkets föreläggande- och förbuds rätt i förhållande till tillämpliga rättsmedel för leverantörer. Det är därför fullt möjligt för Konkurrensverket att under pågående avtalsspärr förbjuda myndigheten att ingå avtal med vald leverantör om verket anser att det t.ex. funnits risk för favorisering inom ramen för anbudsutvärderingen. Konkurrensverkets förslag är därmed utformat 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.

Konkurrensverket kan rikta förelägganden och förbud mot leverantörer

Den föreslagna bestämmelsen skapar utrymme för Konkurrensverket att även rikta ett förbud eller föreläggande mot en leverantör om Konkurrensverket bedömer att det behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Exempelvis skulle Konkurrensverket kunna förbjuda en leverantör att delta i upphandlingar där Konkurrensverket anser att den upphandlande myndigheten vinklat underlaget till leverantörens fördel eller förbjuda en leverantör att leverera på ett otillåtet direktupphandlat avtal. Skrivningar i promemorian tyder på att Konkurrensverket inte avsett en sådan effekt, men Advokatsamfundet kan likväl konstatera att bestämmelsens utformning medger detta.

Tredjemans talerätt i andra fall

Som påpekats i föregående avsnitt finns det situationer då förelägganden eller förbud mot en upphandlande myndighet får en direkt påverkan på tredje man. Promemorian innehåller emellertid ingen utredning av om tredje man i så fall ska ges möjlighet att överklaga Konkurrensverkets beslut.

Enligt Advokatsamfundets uppfattning kan det inte uteslutas att exempelvis en leverantör som ingått avtal med en upphandlande myndighet kan överklaga ett beslut som innebär ett förbud för den upphandlande myndigheten att tillämpa det aktuella avtalet eller ett föreläggande om att myndigheten ska säga upp detsamma.

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).

Mot bakgrund av ovan angivna uttalanden kan det inte uteslutas att ett förbud mot att tillämpa ett avtal har en sådan påvisbar effekt för den avtalstecknande leverantören att den ska tillerkännas talerätt mot beslutet. I vart fall hade Konkurrensverket behövt ta ställning till denna fråga i promemorian.

Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Advokatsamfundet avstyrker Konkurrensverkets förslag i avsnitt 4.2 om att tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift ska förlängas till två år.

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

Om Konkurrensverket behöver ytterligare tid för att utreda sina tillsynsärenden, bör det i första hand lösas genom att verket ändrar sina handläggningsrutiner. Advokater bistår regelbundet klienter med att driva motsvarande mål, dock med väsentligt snävare tidsfrister. Det vore orimligt att upphandlande myndigheter och de leverantörer med vilka de ingått de aktuella avtalen under längre tid än absolut nödvändigt ska drabbas av den ovisshet som uppkommer i och med Konkurrensverkets utredning.

Det bör 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.¹⁷ Såvitt framgår av promemorian är det inte någon avgörande omständighet som ändrats sedan införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och som skulle kunna föranleda en annan bedömning i dag. Promemorian innehåller 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 saknas därmed erforderligt underlag för att en förlängd tidsfrist för ansökan skulle vara det enda möjliga sättet att komma tillrätta med den problematik som Konkurrensverket beskriver.

Det kan vidare konstateras att Konkurrensverket allt sedan upphandlingsskadeavgift infördes, framställt önskemål om att få en förlängd frist för sådan talan. Konkurrensverket argumenterade bland annat för detta i samband med den så kallade Överprövningsutredningen.¹⁸ Utredningen konstaterade följande.

”Konkurrensverket har pekat främst på att den korta tiden får till följd att Konkurrensverket sammanfattningsvis inte kan utreda och ansöka om påförande av avgift i alla de fall där det kan anses vara påkallat. I sin skrivelse har verket dock inte närmare redogjort för vilka alternativa möjligheter att lösa frågan verket har utrett. Det finns t.ex. inte något underlag som gör det möjligt att utreda om det problem som Konkurrensverket anser finnas skulle gå att åtgärda genom t.ex. omorganisation av verksamheten eller omfördelning av resurser. Utredningen anser mot bakgrund av det anförda att de argument som tidigare lagts fram emot en tvåårig tidsfrist väger tyngre än de skäl som Konkurrensverket framfört för en förlängning av tidsfristen. Utredningen föreslår därför ingen förändring av reglerna. Frågan bör i stället hanteras som en fråga om resursfördelning inom Konkurrensverket.”¹⁹

Då Konkurrensverket inte heller denna gång har presenterat något sådant underlag som 2015 års överprövningsutredning efterfrågade, anser Advokatsamfundet att det inte heller nu finns skäl för att förlänga fristen på det sätt som Konkurrensverket föreslår.

Advokatsamfundet har givetvis förståelse för att det kan ta tid att identifiera och utreda direktupphandlingar. Det bör emellertid understrykas att unionslagstiftaren ansett att sex månader är en rimlig preskriptionstid för en enskild leverantör att identifiera och väcka talan mot en otillåten direktupphandling. Enligt Advokatsamfundet förklarar inte de skäl som anges i promemorian varför Konkurrensverket, som är expertmyndighet och som

¹⁷ Prop. 2009/10:180 del 1, s. 208 f.

¹⁸ SOU 2015:12, Överprövning av upphandlingsmål m.m. s. 197 f.

¹⁹ SOU 2015:12, Överprövning av upphandlingsmål m.m. s. 200.

naturligtvis har både utrednings- och processföringsresurser som vida överstiger någon enskild leverantör, skulle behöva två år för att göra samma sak som en leverantör förväntas göra på sex månader.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Advokatsamfundet avstyrker Konkurrensverkets förslag i avsnitt 4.3 om att högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift ska höjas till 20 miljoner kronor.

Inledningsvis kan det konstateras att Konkurrensverkets egna undersökningar talar för att myndigheter som varit föremål för upphandlingsskadeavgift eller tillsynsbeslut genomför förändringar avseende hanteringen av inköp/upphandlingar i organisationen.²⁰ Konkurrensverkets egen utredning ger således inte stöd för att en höjning av upphandlingsskadeavgiften skulle vara nödvändig.

Det kan vidare konstateras att Konkurrensverkets eget agerande inte ger stöd för att det skulle finnas något särskilt behov av en högre upphandlingsskadeavgift än 10 miljoner kronor. Konkurrensverket har, sedan upphandlingsskadeavgiftens införande 2011, ansökt om upphandlingsskadeavgift vid 186 tillfällen. Av dessa 186 ansökningar har maximalt belopp om 10 miljoner kronor yrkats vid sju tillfällen, dvs. i 3,8 procent av ansökningarna. Dessa sju ansökningar avser fem myndigheter, varav en, Stockholms läns landsting har fått tre ansökningar emot sig och övriga fyra myndigheter (Vafab Miljö kommunalförbund, Haninge bostäder, Falu kommun och Akademiska hus) en var. Av de sju ansökningarna har förvaltningsdomstolarna avslagit två (Vafab Miljö kommunalförbund och Akademiska hus) och dömt ut ett lägre belopp i två (Haninge bostäder 9 miljoner kronor och Falu kommun 8 miljoner kronor). Det är således endast i tre av 186 ansökningar (1,6 procent) som det maximala beloppet om 10 miljoner kronor faktiskt dömts ut. Samtliga dessa rör en och samma myndighet, Stockholms läns landsting, och två av ansökningarna rör dessutom samma avtalsföremål, medicinsk radiologi.

Enligt Advokatsamfundets mening är det inte lämpligt att ändra lagens beloppsbegränsning på grund av ett problem som förefaller vara isolerat till en och samma myndighet. Det kan vidare konstateras att Konkurrensverket i viss mån har löst problemet genom att helt enkelt ansöka flera gånger gentemot den myndigheten och på så vis fått upp maxbeloppet över lagens begränsning om 10 miljoner kronor.

Mot denna bakgrund gör Advokatsamfundet bedömningen att det saknas skäl att höja beloppsbegränsningen på det sätt som Konkurrensverket föreslår.

²⁰ Konkurrensverkets rapportserie 2019:1, *Konkurrensverkets konkurrens- och upphandlingstillsyn 2018*, figur 4 i bilaga 4.

Betydelsen av ringa fall respektive skäl för eftergift vid obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift

Advokatsamfundet föreslår att promemorians förslag om att Konkurrensverket ska kunna besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall ska utredas vidare.

Det är ytterst rättsmedelsdirektivet som avgör huruvida Konkurrensverket kan ges en möjlighet att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall.

Enligt rättsmedelsdirektivet kan Sverige ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter.²¹

Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn över upphandlingslagstiftningen i Sverige, vilket innebär att Konkurrensverket ska ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet/enhet ska betala upphandlingsskadeavgift. Domstolen har då att pröva om det finns skäl att döma ut en sådan avgift. För svenskt vidkommande är det alltså den aktuella förvaltningsdomstolen som intar rollen som prövningsorgan enligt rättsmedelsdirektivet. Detta kan uppfattas som att det endast är förvaltningsdomstolarna som i Sverige kan bedöma huruvida det finns skäl för eftergift eller inte. Mot denna bakgrund ligger det nära till hands att finna att rättsmedelsdirektiven inte tillåter att Konkurrensverket ges möjlighet att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall. Det kan emellertid konstateras att frågan endast berörs mycket översiktligt i promemorian och att det därför inte kan uteslutas att en mer ingående utredning av innehållet i unionsrätten härvidlag skulle ge vid handen att Konkurrensverkets förslag i denna del är möjligt att genomföra.

Under alla förhållanden bör det vara möjligt för Konkurrensverket att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall vad gäller direktupphandlingar vars värde understiger tröskelvärdena för tillämpning av upphandlingsdirektiven. Ett annat alternativ skulle vara att begränsa de fall då det är obligatoriskt för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift till enbart sådana direktupphandlingsavtal som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna. Den närmare utformningen av en sådan lösning måste emellertid utredas vidare.

Mot denna bakgrund bedömer Advokatsamfundet att det i vart fall inte kan uteslutas att det skulle strida mot rättsmedelsdirektivets ordalydelse att ge Konkurrensverket möjligheten att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall vad avser sådana direktupphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven.

Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna?

Advokatsamfundet bedömer att det kan finnas skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift. En sådan utvidgning fordrar emellertid vidare utredning.

²¹ Artikel 2.8 och artikel 2e.2 i rättsmedelsdirektivet.

Konkurrensverket har bedömt, mot bakgrund av de utvidgningar som föreslås vad avser Konkurrensverkets tillsynsmöjligheter i övrigt, att det inte finns skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift.

Advokatsamfundet, som motsätter sig dessa förslag, anser emellertid att det finns skäl att vidare utreda om en utökning av de situationer då Konkurrensverket är skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift inte vore lämplig eller till och med påbjuden utifrån rättsmedelsdirektivets krav på effektiva rättsmedel.

Rättsmedelsdirektivet erbjuder två alternativ för att ogiltigförklara otillåtet direktupphandlade avtal – framtida ogiltighet (*ex nunc*) eller retroaktiv ogiltighet (*ex tunc*). Oaktat vilket alternativ som väljs, ska medlemsstaterna säkerställa att de behöriga prövningsorganens beslut om ogiltighet kan verkställas effektivt. Sanktioner ska vidare vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.²² För det fall att en medlemsstat väljer att införa ogiltighet *ex nunc* krävs därutöver att den upphandlande myndigheten åläggs en alternativ sanktion, såsom exempelvis en upphandlingsskadeavgift. För det fall medlemsstaten väljer att införa ogiltighet *ex tunc* behövs ingen sådan alternativ sanktion.

Sverige har valt att införa avtalsogiltighet *ex tunc*, dvs. att det otillåtet direktupphandlade avtalet närmast ska ses som en nullitet. Det innebär att redan gjorda prestationer ska återgå när domstolen konstaterat att ett avtal kommit till stånd på grund av en otillåten direktupphandling. Ett resultat av att Sverige har ogiltighet *ex tunc* är att det inte är obligatoriskt för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift i samtliga fall då en förvaltningsdomstol funnit att ett avtal ska förklaras ogiltigt. I stället är det endast obligatoriskt i de fall ett avtal fått bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse eller i de fall avtal har slutits i strid med avtalsspärr eller interimistiskt beslut, men övriga rekvisit för ogiltighet av avtal i en sådan situation inte är uppfyllda.

Det har dock visat sig att avtalsogiltighet *ex tunc* inte fungerar i praktiken. Ogiltigheten börjar inte gälla förrän domstolens beslut att ogiltigförklara det direktupphandlade avtalet har vunnit laga kraft.²³ När beslutet väl vunnit laga kraft har de avtalade prestationerna som regel redan hunnit utföras och/eller konsumeras. Detta gör det svårt att låta prestationerna återgå, vilket är kärnan i avtalsogiltighet *ex tunc*. Om leverantörens prestation inte är sådan att den kan återgå är det också olämpligt för myndigheten att kräva åter erlagd betalning, eftersom ett sådant förfarande skulle placera myndigheten, som gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling, i en bättre position än vad som hade varit fallet om myndigheten genomfört en upphandling i ett annonserat förfarande. Dessa omständigheter medför att det är mycket sällsynt att prestationerna faktiskt återgår vid ogiltighet enligt svensk rätt. Mot denna bakgrund kan ifrågasättas om Sverige verkligen fullgör sina skyldigheter enligt rättsmedelsdirektivet eller om inte rättsmedelsdirektivets ändamål bättre skulle uppnås genom att införa ogiltighet *ex nunc* i kombination med en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift.

²² Se artikel 2.8, artikel 2d.2 och artikel 2e.2 i rättsmedelsdirektivet.

²³ Se HFD 2012 ref. 27.

Mot denna bakgrund anser Advokatsamfundet att det närmare bör utredas huruvida Sverige bör införa ogiltighet *ex nunc* i kombination med en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift i stället för nuvarande ordning.

Vite

Advokatsamfundet avstyrker Konkurrensverkets förslag i avsnitt 4.6 om att Konkurrensverket ska ges möjlighet att förena ett förbud eller föreläggande med vite.

Vite vid otillåten direktupphandling

Konkurrensverket föreslår i promemorian att dess föreläggande eller förbud får förenas med vite. Vitet ska inte bestämmas till något särskilt belopp, utan fastställas utifrån vad som är känt om tillsynsobjektets ekonomiska förhållanden och vara så stort att det kan antas påverka denne att följa föreläggandet eller förbudet. Konkurrensverket understryker att vitet kan sättas högt om den felande har god betalningsförmåga. Detta skulle innebära att vitet således, till skillnad från upphandlingsskadeavgiften, skulle vara helt obegränsat beloppsmässigt. Såsom Konkurrensverket presenterar sin inställning till beloppsbegränsningen för upphandlingsskadeavgift i avsnitt 4.3 i promemorian, finns det anledning att befara att Konkurrensverket mycket väl kan komma att yrka på viten som överstiger denna begränsning. Advokatsamfundet noterar vidare att det för förelägganden och förbud inte föreslås någon preskription. Tvärtom framhåller Konkurrensverket avsaknaden av preskription som ett skäl för att ge Konkurrensverket möjlighet att meddela förelägganden och förbud. Vidare anser Konkurrensverket att verket ska ha rätt att välja mellan att ansöka om upphandlingsskadeavgift eller att meddela ett beslut om föreläggande eller förbud mot en viss direktupphandling.

Mot denna bakgrund finns det enligt Advokatsamfundet en uppenbar risk för att Konkurrensverket kommer att använda förbud och förelägganden vid vite som ett sätt att undgå de preskriptions- och beloppsbegränsningar som föreskrivits för upphandlingsskadeavgift. Advokatsamfundet ifrågasätter vad upphandlingsskadeavgiften därmed skulle komma att fylla för funktion när beslut om föreläggande och förbud vid vite kan användas mot exakt samma överträdelser och utan de begränsningar som gäller för upphandlingsskadeavgift.

Enligt Advokatsamfundet vore detta självfallet en mycket olycklig ordning, som skulle medföra en stor osäkerhet för de upphandlande myndigheter och leverantörer som ingår eller har ingått avtal genom något av upphandlingslagstiftningens icke-annonserade förfaranden. Till skillnad från vad som är fallet med upphandlingsskadeavgift erbjuds dessa aktörer ingen rättssäkerhet vare sig vad avser högsta möjliga belopp som kan utdömas eller hur länge efter avtalets tecknande som en direktupphandling kan beivras. Advokatsamfundet motsätter sig därför redan på denna grund förslaget.

Det kan vidare konstateras att promemorian inte över huvud taget adresserar den lagstiftningstekniska problematik som uppstår genom att i lag upprätthålla

preskriptionstider och beloppsbegränsningar för en typ av sanktion, men samtidigt ge tillsynsmyndigheten en annan parallell sanktionsmöjlighet som helt saknar dessa begränsningar. Såvitt Advokatsamfundet erfar torde detta vara ett för svensk rätt ovanligt förslag, som givet dess uppenbara nackdelar ur rättssäkerhetshänseende inte kan komma i fråga, i vart fall inte utan föregående analyser och nogsamma överväganden för att tillförsäkra berörda parter en rättssäker prövning.

Vite vid andra typer av överträdelser

I fråga om förelägganden och förbud som avser andra överträdelser än otillåten direktupphandling kan följande konstateras. Som Konkurrensverket påpekar i sin promemoria måste ett vitesföreläggande vara tillräckligt tydligt och precist formulerat för att adressaten ska kunna få helt klart för sig vad som fördras för att det fastställda vitesbeloppet inte ska dömas ut. Detta innebär att kriterierna för att inte träffas av ett vite ska vara mätbara på ett sådant sätt att det med säkerhet går att avgöra när föreläggandet har efterkommit. Det bör även påpekas att utrymmet för tolkning mot bakgrund av vad som tidigare förekommit i ett ärende är begränsat med hänsyn till att föreläggandets innebörd måste vara klart.²⁴

Som Advokatsamfundet ovan anført, kommer Konkurrensverkets beslut, i den mån de inte avser otillåtna direktupphandlingar, framför allt avse tolkningen och tillämpningen av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Det kommer att bli mycket svårt att på ett mätbart sätt specificera vad en upphandlande myndighet måste vidta för åtgärder för att följa dessa principer vid exempelvis utformningen av en utvärderingsmodell. Som ett förbud som ska förenas med vite nämner Konkurrensverket särskilt att ”en upphandlande myndighet eller enhet vid upprepade tillfällen använder sig av otillbörligt styrande kravspecifikationer som i praktiken innebär att endast en viss leverantör eller kategori av leverantörer kan komma i fråga”. Exemplet är mycket illustrerande för hur olämpligt det är att tillämpa vitesförelägganden och vitesförbud på överträdelser av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Man kan fråga sig hur ett vitesföreläggande ska formuleras så att det blir tillräckligt precist och mätbart i fråga om vilka åtgärder som myndigheten måste vidta för att överträdelsen ska upphöra och vitet inte ska dömas ut. Kommer Konkurrensverket att specificera vilka skrivningar, eller snarare kombinationer av skrivningar i en kravspecifikation som måste utgå för att den inte längre i praktiken ska innebära att endast en viss leverantör eller kategori av leverantörer ska komma i fråga? Vidare ställer sig Advokatsamfundet frågande till om Konkurrensverket i exempelvis en upphandling av medicinteknisk utrustning har tillräcklig kunskap för att överblicka konsekvenserna av att vissa krav inte längre får ställas. Kommer det åligga Konkurrensverket att bestämma eller åtminstone föreslå alternativa skrivningar som inte får samma konkurrensbegränsande effekt, men som likväl tillgodoser myndighetens behov? Det bör i sammanhanget nämnas att det inte utgör en överträdelse av de grundläggande principerna att endast en leverantör kan uppfylla kraven i en upphandling, så länge kraven är objektivt motiverade utifrån myndighetens behov (jfr RÅ 2010 ref. 79).

²⁴ Se bland annat Högsta förvaltningsdomstolens dom RÅ 1994 ref. 29.

Motsvarande frågor kan ställas vad avser Konkurrensverkets andra exempel, dvs. att vid vite förbjuda en myndighet från att tillämpa ”godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på likabehandling och transparens”. Det är uppenbart att ett vitesföreläggande inte hade kunnat utformas på det sättet, men Advokatsamfundet ifrågasätter om det ens är möjligt att tänka sig hur ett vitesföreläggande grundat på denna typ av överträdelse hade kunnat utformas på ett lämpligt sätt. Det förefaller uteslutet att Konkurrensverket ska specificera hur en utvärderingsmodell för exempelvis vårdtjänster ska se ut för att vara förenlig med de grundläggande principerna och det är mycket svårt att tänka sig att Konkurrensverket skulle skapa någon form av lista över förbjudna formuleringar vid utformning av utvärderingsmodell.

Enligt Advokatsamfundets uppfattning ligger det i upphandlingsrättens princip- och situationsstyrda natur att den inte lämpar sig för de precisionskrav som krävs för ett vitesföreläggande. Detta särskilt då man betänker det stora utrymme för egen bedömning som upphandlande myndigheter måste tillerkännas med hänvisning till de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet (se RÅ 2002 ref. 50).

I sammanhanget ska noteras att förvaltningsdomstolar inom ramen för leverantörers ansökan om överprövning mycket sällan, för att inte säga aldrig, lägger sig i hur ett visst upphandlingsdokument ska justeras för att upphandlingen ska vara förenlig med de grundläggande principerna. I stället förordnar domstolen om att upphandlingen ska göras om i sin helhet. Det kan konstateras att ett sådant förordnade inte hade varit förenligt med de precisionskrav som ställs på ett vitesföreläggande, eftersom det inte specificerar vad som måste ändras vid den nya upphandlingen samt hur detta måste ske.

Slutligen är det enligt Advokatsamfundet svårt att förstå när ett föreläggande eller förbud rörande en vinklad teknisk specifikation eller en godtycklig utvärderingsmodell ska ske. Enligt vad Konkurrensverket själv anför, ska Konkurrensverket avstå från sådana förelägganden och förbud under tiden som överträdelsen kan bli föremål för en ansökan om överprövning. Detta är emellertid hela tiden fram till dess att upphandlingen avslutats genom att tilldelningsbeslut meddelats och avtalsspärren löpt ut. Vid ett sådant tillfälle är upphandlingen avslutad och kan vare sig göras om eller rättas. I stället finns sannolikt ett bindande avtal med den tilldelade leverantören. Det förefaller då inte rimligt att Konkurrensverket ska förelägga den upphandlande myndigheten att antingen avstå från att teckna avtal eller, om detta är för sent, att säga upp avtalet för att kunna göra de av Konkurrensverket påtalade justeringarna i upphandlingsdokumenten och sedan på nytt annonsera upphandlingen. Advokatsamfundet saknar helt enkelt praktiskt genomförbara exempel på hur Konkurrensverket avser att använda sin befogenhet att vid vite förbjuda överträdelser som inte är otillåtna direktupphandlingar.

Vite vid föreläggande om att lämna uppgifter

Av 22 kap. 4 § LOU framgår att Konkurrensverket får förelägga en upphandlande myndighet eller den som Konkurrensverket bedömer vara en upphandlande myndighet att

lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen. Enligt 22 kap. 5 § LOU ska Konkurrensverkets förelägganden överklagas till förvaltningsdomstol.

Som framgår av förarbeten till bestämmelsen, vilka också promemorian behandlar infördes möjligheten för Konkurrensverket att förelägga myndigheter att lämna upplysningar och inkomma med handlingar.²⁵ Enligt vad regeringen anger var detta avsett som en skärpning från tidigare reglering, där tillsynsmyndigheten endast hade rätt att hämta in upplysningar, men inte kunde förelägga myndigheter att efterkomma myndighetens begäran härvidlag. Mot bakgrund av de rättssäkerhetshänsyn som anförs i promemorian valde regeringen emellertid att inte förena möjligheten till föreläggande med en möjlighet till vite. I stället angavs att regeringen avser att följa utvecklingen och, för det fall det skulle visa sig att det finns ett sådant behov, återkomma i frågan.

Det framgår således tydligt av förarbetena att regeringen, innan frågan om vite tas upp till förnyad behandling, ville kunna utvärdera huruvida 2010 års lagändring, vilken gav Konkurrensverket möjlighet att förelägga myndigheter att inkomma med handlingar, gett avsett resultat.

Såvitt Advokatsamfundet erfar har Konkurrensverket aldrig utnyttjat möjligheten att jämte 22 kap. 4 § LOU förelägga en upphandlande myndighet, eller den som Konkurrensverket bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen. Mot denna bakgrund saknas det underlag för att göra en sådan utvärdering som regeringen angett, dvs. huruvida införandet av möjligheten till föreläggande fått avsedd effekt.

Advokatsamfundet anser därför att regeringen bör avvakta införandet av eventuella vitesmöjligheter härvidlag till dess att Konkurrensverket använt befintliga rättsmedel i tillräcklig utsträckning för att dessas effekt ska kunna utvärderas.

Utvidgning av Konkurrensverkets instruktion

Advokatsamfundet har inget att erinra mot att det i Konkurrensverkets instruktion anges att Konkurrensverket ska uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendskadligt agerande. Advokatsamfundet föreslår emellertid att Konkurrensverkets uppdrag i dessa avseenden tydliggörs.

I promemorian föreslås att Konkurrensverket får i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendskadligt agerande. Det är dock otydligt vad som avses med ”annat förtroendskadligt agerande”. Det framgår inte vilka lagar Konkurrensverket ska förhålla sig till i uppdraget eller hur interaktionen med andra utredande och rättsvårdande myndigheter ska ske. Promemorian innehåller inte heller någon redovisning för vad Konkurrensverket avser vidta för åtgärder med stöd av denna uppgift utöver de åtgärder som Konkurrensverket redan vidtar.

²⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 213 f.

Mot denna bakgrund föreslår Advokatsamfundet, som i och för sig inte har något att erinra mot att Konkurrensverkets instruktion ändras på det föreslagna sättet, att Konkurrensverkets uppdrag tydliggörs i enlighet med vad som anges ovan.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander