Regionrådsberedningen

SKRIVELSE
2020-01-29

RS 2019-1047

Regionstyrelsen

Yttrande över Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU)

Föredragande regionråd: Irene Svenonius

Ärendebeskrivning

Region Stockholm har beretts möjlighet att avge yttrande till Finansdepartementet gällande Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU).

Förslag till beslut

Regionrådsberedningen föreslår att regionstyrelsen beslutar följande.

1. Regiondirektörens tjänsteutlåtande utgör Region Stockholms yttrande över Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU).

2. Paragrafen justeras omedelbart.

Regionrådsberedningens motivering

Regionrådsberedningen instämmer i regiondirektörenstjänsteutlåtande, i övrigt anförs följande:

Region Stockholm har som målsättning att bli Sveriges bästa offentliga upphandlare. Regelefterlevnad är av betydande vikt när det gäller offentlig upphandling och valfrihetssystem. Då är det också en självklarhet med en effektiv tillsyn av regelverken. Konkurrensverket har idag goda möjligheter till tillsyn.

Den generella befogenheten för konkurrensverket att utfärda föreläggande som föreslås i promemorian riskerar att skapa än större osäkerhet hos upphandlande myndigheter. Det är inte möjligt att förutse alla de tänkbara situationer där sådana föreläggande eller förbud skulle kunna komma ifråga.

Ska offentlig sektor kunna ta tillvara på skattebetalarnas pengar på ett effektivt sätt bör förenklingar av upphandlingsregelverket prioriteras, inte utökad upphandlingstillsyn. Redan idag kostar genomförandet av

upphandlingar betydande belopp utan att tillföra direkt ökad nytta till skattebetalarna. Att göra ändringar i upphandlingsregelverket som bidrar till att komplexiteten ökar riskerar att öka kostnaderna för skattebetalarna.

Flertalet upphandlande myndigheter och enheter utför viktiga samhällsuppdrag. Då är det väsentligt att det råder stadga och stabilitet avseende de varor och tjänster som köps in för verksamhetens bedrivande. Möjligheten att ett kontrakt som tilldelats vid en annonserad offentlig upphandling skulle kunna bli föremål för förelägganden långt efter det att det vunnit laga kraft skapar en oförutsebarhet som inte är acceptabel. I förlängningen kan det få långtgående negativa effekter för den samhällsviktiga verksamhet som utförs. En möjlig effekt är att den upphandlande myndigheten förhindras att bedriva eller tillhandahålla verksamhet som myndigheten enligt lag, exempelvis hälso- och sjukvårdslagen, är skyldig att bedriva. Inte minst om beslut om föreläggande och förbud, såsom Konkurrensverket föreslår, ska kunna gälla omedelbart.

Det är rimligt att den skyldighet som upphandlande enheter och myndigheter har att lämna underlag m.m. till tillsynsmyndigheten förenas med vite. Det är därtill rimligt att tillsynsmyndigheten ska ges rätt att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift i ringa fall eller om det finns synnerliga skäl för eftergift.

Beslutsunderlag
Regiondirektörens tjänsteutlåtande
Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU)

Irene Svenonius

Regionstyrelsen
Regionledningskontoret
Roger Eklund

TJÄNSTEUTLÅTANDE
2020-01-04

RS 2019-1047

Regionstyrelsen

Yttrande över Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU)

Ärendebeskrivning

Region Stockholm har beretts möjlighet att avge yttrande till Finansdepartementet gällande Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU).

Beslutsunderlag

Regiondirektörens tjänsteutlåtande
Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU)

Förslag till beslut

Regionrådsberedningen föreslår att regionstyrelsen beslutar följande.

1. Regiondirektörens tjänsteutlåtande utgör Region Stockholms yttrande över Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU).

2. Paragrafen justeras omedelbart.

Regionledningskontorets förslag och motivering

Sammanfattning
I promemorian föreslås att Konkurrensverkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet regleras tydligare och att det införs utvidgade

möjligheter till ingripande mot upphandlingar som strider mot det upphandlingsrättsliga regelverket.

Regionledningskontoret tillstyrker förslaget om att Konkurrensverket i sin tillsynsverksamhet ska motverka och uppmärksamma korruption och annat förtroendeskadligt beteende. Regionledningskontoret tillstyrker också att den skyldighet som upphandlande enheter och myndigheter har att lämna underlag m.m. till tillsynsmyndigheten förenas med vite och att tillsynsmyndigheten ska ges rätt att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift i ringa fall eller om det finns synnerliga skäl för eftergift.

Regionledningskontoret avstyrker förslaget att Konkurrensverket ska få en generell befogenhet att meddela de förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Enligt regionledningskontoret har inte tillräckligt underlag presenterats som motiverar att Konkurrensverket skulle få en sådan generell befogenhet att utfärda förelägganden och förbud som föreslås i promemorian. Detta skulle enligt regionledningskontoret riskera att skapa än större osäkerhet hos upphandlande myndigheter då det knappast går att förutse alla de tänkbara situationer där sådana föreläggande eller förbud skulle kunna komma ifråga. Införandet av ytterligare sanktionsmöjligheter är enligt regionledningskontoret helt fel väg att gå. Det är förenklingar av upphandlingsregelverket som måste prioriteras, inte utökad upphandlingstillsyn.

Regionledningskontoret avstyrker förslaget som innebär att taket för upphandlingsskadeavgiften ska höjas från 10 miljoner kronor till 20 miljoner.

Regionledningskontoret avstyrker förslaget att förlänga tidsfristen för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling från dagens ett till två år.

Bakgrund
Konkurrensverket har lämnat förslag på hur tillsynen över offentlig upphandling ska förbättras. I promemorian föreslås regelverket göras tydligare samtidigt som utökade möjligheter införs för myndigheten att kontrollera och genom förelägganden och förbud säkerställa att upphandlingslagarna följs. Konkurrensverket vill bl.a. få möjlighet att besluta om vitesförelägganden mot de upphandlande myndigheter och

enheter som vid upprepade tillfällen bryter mot regelverket eller på annat sätt uppvisar strukturella brister.

Överväganden

Region Stockholms yttrande till Finansdepartementet över promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/0216/OU)

Region Stockholm vill inledningsvis framhålla vikten av regelefterlevnad när det gäller offentlig upphandling och valfrihetssystem och att regionen instämmer i behovet av en effektiv tillsyn av regelverken. Region Stockholm vill dock framhålla att, med några få undantag, så är Konkurrensverkets formella möjligheter till tillsyn redan idag goda. Enligt Region Stockholm har inte tillräckligt underlag presenterats som motiverar att Konkurrensverket skulle få en sådan generell befogenhet att utfärda förelägganden och förbud som föreslås i promemorian. Det skulle enligt Region Stockholm snarast riskera att skapa än större osäkerhet hos upphandlande myndigheter då det inte går att förutse alla de tänkbara situationer där sådana föreläggande eller förbud skulle kunna komma ifråga. Införandet av ytterligare sanktionsmöjligheter är enligt Region Stockholm fel väg att gå. Det är förenklingar av upphandlingsregelverket som måste prioriteras, inte utökad upphandlingstillsyn.

Mot den bakgrunden ställer sig Region Stockholm endast bakom begränsade delar av Konkurrensverkets förslag enligt vad som särskilt anges nedan.

Konkurrensverket motiverar förslagen i promemorian med att ”utan en sådan komplettering av de rättsliga ramarna för tillsynen finns risk att den offentliga upphandlingen blir ineffektiv och att syftena med upphandlingslagstiftningen går förlorad”. Region Stockholm delar inte bedömningen att den offentliga upphandlingen riskerar att bli ineffektiv och att syftena med lagstiftningen går förlorad om inte Konkurrensverkets tillsynsmöjligheter skärps. Region Stockholm uppfattar istället att affärsmässigheten i de offentliga affärerna ökar i takt med att olika typer av stöd tas fram och professionalismen på inköpssidan ökar. Enligt Region Stockholm är det viktigare att prioritera förenklingar av det komplexa regelverket än att utöka upphandlingstillsynen.

Region Stockholm avstyrker därför förslaget i promemorian, avsnitt 4.1, att Konkurrensverket ska ges en generell möjlighet att med förbud och

förelägganden kunna ingripa i upphandlingsärenden. Enligt Region Stockholm är, såvitt gäller upphandling, rättsmedlen att en missnöjd leverantör kan begära överprövning, väcka ogiltighetstalan eller kräva skadestånd i domstol väl fungerande och också fullt tillräckliga rättsmedel. Till detta kommer även Konkurrensverkets befintliga möjlighet att begära upphandlingsskadeavgift. Det finns därför enligt Region Stockholm inte tillräckliga skäl för att införa en generell möjlighet för Konkurrensverket att kunna förelägga viss åtgärd eller kunna ingripa med förbud. De föreslagna utökade befogenheterna skulle också kunna få oöverblickbara konsekvenser för de verksamheter som de upphandlande myndigheterna och enheterna enligt lag har att tillhandahålla.

Lagen om valfrihetssystem (LOV) är t.ex. fortfarande ett tämligen ungt regelverk och där det finns mycket knapphändig rättspraxis. Enligt Region Stockholms uppfattning är det mer ändamålsenligt att bibehålla dagens system med vägledande tillsynsbeslut än att skärpa sanktionsmöjligheterna och införa någon typ av motsvarighet till upphandlingsskadeavgift.

Vad gäller den föreslagna möjligheten för Konkurrensverket att kunna ingripa även mot annonserade upphandlingar där tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft måste, enligt Region Stockholms uppfattning, vikten av stabilitet och förutsebarhet för de upphandlande myndigheterna och enheterna särskilt beaktas. Då flertalet upphandlande myndigheter och enheter utför ett samhällsuppdrag är det väsentligt att det råder stadga och stabilitet avseende de varor och tjänster som köps in för verksamhetens bedrivande. Möjligheten att ett kontrakt som tilldelats vid en annonserad offentlig upphandling skulle kunna bli föremål för förelägganden långt efter det att det vunnit laga kraft skapar en oförutsebarhet som inte är acceptabel och som kan få negativa effekter för den samhällsviktiga verksamhet som utförs. Region Stockholm befarar att effekten av möjligheten att förbjuda viss åtgärd kan bli just att den upphandlande myndigheten förhindras att bedriva eller tillhandahålla verksamhet som myndigheten enligt lag, exempelvis hälso- och sjukvårdslagen, är skyldig att bedriva. Inte minst om beslut om föreläggande och förbud, såsom Konkurrensverket föreslår, ska kunna gälla omedelbart.

Region Stockholm anser vidare att den reglering som idag finns i 21 kap 6-7 §§ LOU (och motsvarande bestämmelser i de andra upphandlingslagarna) är ändamålsenlig då den bland annat utesluter parallella processer av leverantörer och konkurrensverket och då tidsfristerna på sex månader respektive ett år framstår som väl avvägda utifrån de olika intressen som bör beaktas.

Region Stockholm avstyrker Konkurrensverkets förslag i promemorians avsnitt 4.2 att förlänga preskriptionstiden till två år.
Region Stockholm anser att det inte tillkommit några nya omständigheter som föranleder en annan bedömning än de som skett vid tidigare tillfällen då samma fråga prövats. Region Stockholm framhåller att den av Konkurrensverket nu föreslagna möjligheten till eftergift vid ringa fall av överträdelse (föreslagen 21 kap. 5 § tredje stycket LOU) samt den föreslagna möjligheten till att förena ett beslut om att lämna upplysningar m.m. med vite (föreslagen 22 kap. 5 § LOU) i sig torde skapa bättre förutsättningar för tillsynsmyndigheten att såväl kunna prioritera uppenbara överträdelser som att påskynda processen.

I promemorian skriver Konkurrensverkets att en förlängd ansökningsfrist bland annat skulle kunna möjliggöra att andra typer av källor, såsom myndigheternas egna revisionsrapporter och årsredovisningar, skulle kunna beaktas i Konkurrensverkets utredningar. I hållbarhetssammanhang talas ofta om vikten av transparens och om den självsanering som ökad transparens bidrar till. Att försöka utnyttja transparens för att straffa de som publicerar uppgifter framstår enligt Region Stockholms uppfattning som otidsenligt.

Region Stockholm avstyrker Konkurrensverkets förslag i promemorians avsnitt 4.3 att det högsta beloppet som kan utgå vid upphandlingsskadeavgift ska höjas från 10 miljoner kronor till 20 miljoner kronor. Skälet till förslaget är enligt Konkurrensverket att åstadkomma att upphandlingar av större värden sanktioneras proportionellt lika hårt som mindre upphandlingar. Region Stockholm framhåller att 10 miljoner kronor är ett betydande belopp som har preventiv effekt. En ökning till 20 miljoner kronor ökar inte sanktionens preventiva verkan, utan konsekvensen blir endast att den upphandlande myndighet eller enhet som brutit mot bestämmelserna tvingas spara in på de samhällstjänster som den ifrågavarande organisationen tillhandahåller. Ytterst drabbar detta mottagarna av dessa tjänster.

I sammanhanget tål även att uppmärksammas att enligt Region Stockholms erfarenhet sker de flesta överträdelser inte utifrån någon vilja att överträda regelverket utan av bristande kunskap, resursbrist, oklarheter i fråga om gällande rätt, mm. Inte sällan ställs de upphandlande myndigheterna även inför svåra överväganden där olika lagstadgade skyldigheter ställs mot varandra och i slutändan allmänhetens behov av att en viss tjänst kan tillhandahållas prioriteras. Dessa situationer måste skiljas från de lägen där

det finns korrupta inslag och en leverantör utan sakliga skäl gynnas. Endast den senare typen av ärenden bör enligt Region Stockholm vara föremål för de högsta avgifterna.

Region Stockholm tillstyrker förslaget i avsnitt 4.4 om att ge Konkurrensverket möjlighet att besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift om myndigheten bedömer att det är en fråga om ringa fall eller om det finns omständigheter som medger eftergift. Utifrån syftena med tillsynen och med tanke på Konkurrensverkets och domstolarnas begränsade resurser framstår det som viktigt att Konkurrensverket ska kunna välja att lägga sina resurser på de ärenden där tillsyn framstår som mest ändamålsenligt och inte av formaliaskäl tvingas väcka processer i domstol. Det finns därför enligt Region Stockholm starka argument för Konkurrensverkets förslag i denna del.

Region Stockholm tillstyrker Konkurrensverkets förslag i avsnitt 4.6 första stycket att ett föreläggande om att en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna förenas med vite. Utan vitesmöjligheten blir möjligheten att förelägga upphandlande myndigheter och enheter att lämna uppgifter m.m. verkningslös och förändringen torde vara en förutsättning för att Konkurrensverket ska kunna bedriva tillsynen effektivt. Vad gäller 4.6 andra stycket avstyrker Region Stockholm förslaget på samma grunder som tidigare angivits beträffande förslaget under avsnitt 4.1.

Region Stockholm tillstyrker förslaget i avsnitt 4.7 om att ge Konkurrensverket i uppdrag att inom ramen för sina tillsynsuppgifter uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande. Korruption i alla dess former måste bekämpas och här har Konkurrensverket en viktig funktion att fylla.

Ekonomiska konsekvenser

Den föreslagna höjningen av taket för marknadsskadeavgift samt möjligheten att förena förbud och föreläggande med vite medför givetvis ekonomiska konsekvenser för de upphandlande enheter och myndigheter som bryter mot upphandlingsregelverket.

Stefan Schildt
T.f. regiondirektör

Roger Eklund
Inköpsdirektör

Beslutsexpediering:
Akt
Finansdepartementet
Regionledningskontoret Strategiskt inköp

Godkänd av Stefan Schildt, 2020-01-04

KONKURRENSVERKET
Swedish Competition Authority

PM
2019-07-01

Sammanfattning

I promemorian föreslås att Konkurrensverkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet regleras tydligare och att det införs utvidgade möjligheter till ingripande 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. Motsvarande bestämmelser föreslås vidare införas även i lagen (2008:962) om valfrihetssystem och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering. Lagändringarna föreslås träda i kraft den [1 juli 2020]. Promemorian innehåller också ett förslag till ändring i förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket som innebär att verket i sin tillsynsverksamhet ska motverka och uppmärksamma korruption och annat förtroendeskadligt beteende.

KKV2000, v2.1, 2018-09-07

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Ringvägen 100
Telefon 08-7001600
Fax 08-245543
konkurrensverket@kkv.se
www.konkurrensverket.se

Sammanfattning **1**

1 Författningsförslag **4**

1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 4

1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna 8

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 12

1.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 16

1.5 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem 20

1.6 Förslag till lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering 22

1.7 Förslag till förordning om ändring i förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket 24

2 Bakgrund **25**

2.1 Allmänt om upphandlingslagarna 25

2.2 Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 27

2.3 Gällande rätt – Konkurrensverkets ingripandemöjligheter enligt upphandlingslagstiftningen 28

2.4 Särskilt om upphandlingsskadeavgift 29

2.5 Tidigare överväganden om upphandlingsskadeavgift 32

2.6 Ingripandemöjligheter enligt konkurrenslagen 38

2.7 Förekomst av korruption i konkurrens- och upphandlingsärenden 39

3 Nordisk jämförelse **42**

3.1 Finland 42

3.2 Danmark 43

3.3 Norge 43

4 Överväganden och förslag **44**

4.1 Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande 44

4.2 Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift 48

4.3 Upphandlingsskadeavgiftens storlek 52

4.4 Betydelsen av ringa fall respektive skäl för eftergift vid obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift 53

4.5 Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna? 54

4.6 Vite 54

4.7 Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption....60
5 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser....62
6 Konsekvensanalys....63
6.1 Vilka berörs av förslagen?....63
6.2 Vilka kostnadsmässiga och andra konsekvenser medför förslagen?....63
7 Författningskommentar LOU....65
7.1 21 kap. Upphandlingsskadeavgift....65
7.2 22 kap. Tillsyn....66
7.3 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser....68

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	21 kap.
	2 a §
	Upphandlingsskadeavgift enligt 1 § får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande eller förbud enligt 22 kap. 4 § som har meddelats vid vite enligt denna lag.
	4 §
Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10.000.000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst *20.000.000* kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.
	5 §
Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.	
I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.	
	Tillsynsmyndigheten får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 och 2 om myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller att det finns synnerliga skäl enligt andra stycket.
	7 §
När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt	

ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom *två* år från det att avtalet slöts.

22 kap.

1 §

En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.

2 §

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet *hämta in* upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna *hämtas in* genom besök hos den upphandlande myndigheten.

3 §

En upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

En upphandlande myndighet är skyldig att *lämna* de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

4 §

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.

5 §

Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

5 a §

Förelägganden och förbud enligt 4 § får inte avse åtgärder som omfattas av en ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 §.

6 §

Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

7 §

Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig

till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

---

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	21 kap.
	2 a §
	Upphandlingsskadeavgift enligt 1 § får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande eller förbud enligt 22 kap. 5 § som har meddelats vid vite enligt denna lag.
	4 §
Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10.000.000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst *20.000.000* kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.
	5 §
Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.	
I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.	
	Tillsynsmyndigheten får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 och 2 om myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller att det finns synnerliga skäl enligt andra stycket.
	7 §
När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.	

Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom *två* år från det att avtalet slöts.

22 kap.

1 §

En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.

2 §

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet *hämta in* upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna *hämtas in* genom besök hos den upphandlande enheten.

3 §

En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet.

En upphandlande enhet är skyldig att *lämna* de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet.

4 §

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.

5 §

Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

5 a §

Förelägganden och förbud enligt 4 § får inte avse åtgärder som omfattas av en ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 §.

6 §

Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

7 §

Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig

till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

---

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	17 kap.
	2 a §
	Upphandlingsskadeavgift enligt 1 § får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande eller förbud enligt 22 kap. 5 § som har meddelats vid vite enligt denna lag.
	4 §
Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10.000.000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde enligt 5 kap.	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst *20.000.000* kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde enligt 5 kap.
	5 §
Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.	
I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.	
	Tillsynsmyndigheten får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 och 2 om myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller att det finns synnerliga skäl enligt andra stycket.
	7 §
När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den	

tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom *två* år från det att avtalet slöts.

18 kap.

1 §

En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.

2 §

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet *hämta in* upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna *hämtas in* genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

3 §

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet.

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att *lämna* de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet.

4 §

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.

5 §

Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

5 a §

Förelägganden och förbud enligt 4 § får inte avse åtgärder som omfattas av en ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 §.

6 §

Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

7 §

Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig

till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

---

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	17 kap.
	2 a §
	Upphandlingsskadeavgift enligt 1 § får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande eller förbud enligt 22 kap. 5 § som har meddelats vid vite enligt denna lag.
	4 §
Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10.000.000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst *20.000.000* kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.
Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 4 §.	Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 4 §.
	5 §
Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.	
I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.	
	Tillsynsmyndigheten får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 och 2 om myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller att det finns synnerliga skäl enligt andra stycket.

7 §

När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom *två* år från det att avtalet slöts.

18 kap.

1 §

Regeringen meddelar föreskrifter och vilken myndighet som utövar tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.

2 §

Vid sin tillsyn får myndigheten inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande myndigheter eller enheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

3 §

En upphandlande myndighet eller enhet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet.

4 §

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgift, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.

5 §

Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 4 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

5 a §

Förelägganden och förbud enligt 4 § får inte avse åtgärder som omfattas av en

ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 §.

6 §

Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

7 §

Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

---

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.5 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
10 kap.	
7 §	
Regeringen utser en myndighet att utöva tillsyn över valfrihetslagarna enligt denna lag.	*Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.*
8 §	
Tillsynsmyndigheten får inhämta sådana upplysningar från de upphandlande myndigheterna som är nödvändiga för tillsynen. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna istället inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller muntligen.	*Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten.*
9 §	
En upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.	*En upphandlande myndighet är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.*
	10 §
	Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.
	11 §
	Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

12 §

Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

13 §

Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

---

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.6 Förslag till lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
22 §	
Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.	*Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.*
Tillsynsmyndigheten får inhämta sådana upplysningar som är nödvändiga för tillsynen från en upphandlande myndighet eller från den myndighet som avses i 1 § andra stycket 2. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna istället inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller den myndighet som avses i 1 § andra stycket 2.	
23 §	
	Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten.
24 §	
	En upphandlande myndighet är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

25 §

Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.

26 §

Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

27 §

Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

28 §

Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

---

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.7 Förslag till förordning om ändring i förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
2 §	
Konkurrensverket ska verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.	Konkurrensverket ska verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.
	Konkurrensverket ska i sin tillsyn uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande.
Konkurrensverket ska se till att de regelverk och rutiner verket disponerar över är kostnadseffektiva och enkla för medborgare och företag.	Konkurrensverket ska se till att de regelverk och rutiner verket disponerar över är kostnadseffektiva och enkla för medborgare och företag.

---

1. Denna förordning träder i kraft den [1 januari 2020].

2 Bakgrund

2.1 Allmänt om upphandlingslagarna

Offentlig upphandling regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I lagen finns förfaranden m.m. för offentlig upphandling som görs dels av myndigheter, kommuner och landsting, dels av s.k. offentligt styrda organ. Med offentligt styrda organ avses i huvudsak sådana organ som tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och som till största del finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner eller landsting. Genom LOU genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i svensk rätt.

I lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) regleras förfaranden m.m. för upphandling som görs dels av upphandlande myndigheter och offentligt styrda organ inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (de s.k. försörjningssektorerna), dels av privata företag som bedriver verksamhet i någon försörjningssektor med stöd av särskild rättighet eller ensamrätt . Lagen genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om samordning av förfarandena vid upphandling inom försörjningssektorerna i svensk rätt.

En särskild lag reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Även denna lag genomför ett direktiv i svensk rätt, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (förkortat LUFS-direktivet).

Upphandling av koncessioner regleras i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Lagen genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner i svensk rätt. LUK följer i allt väsentligt samma struktur som LOU och LUF men är mindre detaljerad och mer flexibel.

De fyra upphandlingslagarna innehåller även bestämmelser om rättsmedel i överensstämmelse med de så kallade rättsmedelsdirektiven.[1]

[1] 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).

Upphandlingslagarna kompletteras med bestämmelser i upphandlingsförordningen (2016:1162) som bl.a. innehåller föreskrifter om annonsering av upphandling.

Vid sidan om upphandlingslagstiftningen gäller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) vid införande av så kallade valfrihetssystem inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Det finns ytterligare en lag som har sin grund i lagen om valfrihetssystem, lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

Utöver nämnda upphandlingslagar omfattas offentliga upphandlingar och upphandlingar i försörjningssektorerna även av de allmänna unionsrättsliga principerna på upphandlingsområdet om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Dessa principer ska iakttas vid offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna.[2]

Likabehandling
Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika. Alla leverantörer måste till exempel få tillgång till samma information samtidigt, så att ingen leverantör får ett övertag. Upphandlaren får exempelvis inte acceptera ett anbud som lämnats in för sent, eftersom samma regler och tidsfrister ska gälla alla. Kravet på likabehandling innebär även ett förbud mot att gynna lokala företag på grund av deras hemvist på bekostnad av anbudsgivare på andra orter.

Icke-diskriminering
Principen om icke-diskriminering innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet, som exempelvis medborgarskap, etablerings- eller verksamhetsland. Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav som bara svenska företag känner till eller kan klara att uppfylla på grund av sin nationalitet. Det gäller även när den upphandlande myndigheten inte förväntar sig att några utländska leverantörer ska lämna anbud.

Ömsesidigt erkännande
Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats myndigheter ska gälla också i övriga EU- och EES-länder.

Proportionalitet
Proportionalitetsprincipen innebär att kraven och villkoren i upphandlingen ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De åtgärder som den upphandlande myndigheten genomför får inte gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.

[2] Se prop. 2006/07:128 del 1 s. 131 f., prop. 2009/10:180 del 1 s. 88 ff. och prop. 2015/16:195 del 1 s. 426 ff.

Öppenhet
Principen om öppenhet (transparens) innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Uppgifter som gäller upphandlingen får inte hemlighållas, upphandlingen ska annonseras offentligt och de leverantörer som deltagit i anbudsförfarandet ska informeras om resultatet.

Upphandlingarna ska vara offentliga och förfrågningsunderlaget ska vara förutsebart, det vill säga klart och tydligt formulerat och innehålla samtliga krav som ställs. Den öppenhet som ska omgärda en upphandling gör det möjligt att i efterhand kontrollera att den upphandlande myndigheten eller enheten har agerat på ett sätt som är förenligt med bland annat principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

2.2 Konkurrensverkets upphandlingstillsyn

Av 22 kap. 1 § LOU följer att en myndighet ska utöva tillsyn över upphandlingen enligt nämnda lag. Upphandlingslagstiftningen innefattar inte någon närmare reglering av ramarna för tillsynen.

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.[3] Upphandlingstillsynen har bedrivits hos Konkurrensverket sedan den 1 september 2007 då Nämnden för offentlig upphandlings (NOU) verksamhet överfördes dit.

I tillsynen över offentlig upphandling utreder och bedömer Konkurrensverket om upphandlande myndigheter och enheter följer regelverken. Vid överträdelser har Konkurrensverket två möjligheter till ingripande, ansökningar om upphandlingsskadeavgift och så kallade tillsynsbeslut. Utöver Konkurrensverkets tillsyn finns andra rättsmedel som leverantörer har möjlighet att tillämpa. I 22 kap. LOU regleras allmänna bestämmelser om Konkurrensverkets tillsyn (se även 22 kap. LUF, 18 kap. LUK och 18 kap. LUFS).

Högsta förvaltningsdomstolen prövade i HFD 2018 ref. 71 frågan om tillsynsbeslut som Konkurrensverket hade meddelat var överklagbara och – om så var fallet – om besluten inneburit ett kompetensöverskridande. I domen angavs bl.a. att Konkurrensverket kan meddela tillsynsbeslut och att dessa kan överklagas i enlighet med 41 § förvaltningslagen (2017:900). I besluten som var föremål för domstolens prövning bedömdes Konkurrensverket ha agerat utanför sin kompetens. Utifrån gällande ingripandemöjligheter bedömdes Konkurrensverket inte ha någon rättslig grund att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Konkurrensverkets beslut undanröjdes därmed.

[3] Se 1 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

2.3 Gällande rätt – Konkurrensverkets ingripandemöjligheter enligt upphandlingslagstiftningen

Av lagstiftningen framgår, utöver reglerna om upphandlingsskadeavgift, således endast att en myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt lagen. De ingripanden som Konkurrensverket meddelat fram till maj 2018 har bestått av tillsynsbeslut och ansökningar om upphandlingsskadeavgift. Under 2017 fattades 28 tillsynsbeslut och 21 beslut om ansökningar om upphandlingsskadeavgift (se rapport 2018:2 Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 2017 s. 38 ff.).

Syftet med Konkurrensverkets tillsynsbeslut är att uppmärksamma upphandlande myndigheter på att de har brutit mot upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket utreder särskilt ärenden som innebär att besluten kan vara vägledande även för andra myndigheter än för den som utreds, så att andra myndigheter inte begår samma eller liknande överträdelse. Större delen av Konkurrensverkets tillsynsbeslut har riktats mot upphandlande myndigheter som begått en överträdelse av upphandlingslagstiftningen, dvs. historiskt inträffade överträdelser. Dessa beslut har inte varit handlingsdirigerande i den enskilda upphandlingssituationen utan haft en mer vägledande effekt. Av HFD 2018 ref. 71 framgår att Konkurrensverket, inom sitt uppdrag att utöva tillsyn över upphandlingslagstiftningen, kan meddela tillsynsbeslut efter genomförd granskning av en upphandlande myndighets verksamhet, för att på så vis uppmärksamma myndigheten på eventuella brister som framkommit under utredningen.

Tillsynsbeslut har fattats för alla typer av överträdelser mot regelverken för offentlig upphandling. Besluten omfattar framför allt ärenden där upphandlingsskadeavgift inte är aktuell, exempelvis på grund av att tiden för att ansöka om en sådan har löpt ut. I tillsynen enligt valfrihetslagarna är tillsynsbeslut Konkurrensverkets enda verktyg.

Konkurrensverket har möjlighet att föra talan om upphandlingsskadeavgift i domstol mot myndigheter som genomfört otillåtna direktupphandlingar. En otillåten direktupphandling är ett avtal som en myndighet ingått med en leverantör utan att följa kraven på annonsering i upphandlingslagstiftningen. Avgiften uppgår till mellan 10 000 och 10 miljoner kronor, men högst tio procent av avtalsvärdet.

Konkurrensverket är skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift om domstolen har bestämt att inte ogiltigförklara ett avtal trots att det ingåtts genom en otillåten direktupphandling. Det kan domstolen göra om det är nödvändigt för allmänheten att köpet genomförs, exempelvis om domstolen bedömt att det var omöjligt för myndigheten att vara utan varan eller tjänsten under den tid det skulle ta att genomföra en offentlig upphandling. Konkurrensverket är även skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift när domstolen fastställt att ett

avtal inte ska förklaras ogiltigt, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr.

2.4 Särskilt om upphandlingsskadeavgift

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Vid införandet av upphandlingsskadeavgift uttalade regeringen att reglerna bör utvärderas efter att ha tillämpats någon tid och erfarenheter kan dras av utfallet. En sådan utvärdering bör innefatta avgiftens storlek och beräkningen av den (prop. 2009/10:180 del 1 s. 184, 190 och 196). Det bedöms nu finnas tillräckliga erfarenheter från tillämpningen av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift för att de ska kunna utvärderas. Skäl talar för att vissa delar av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift behöver ändras. Upphandlingsskadeavgift återfinns i samtliga upphandlingslagar utom LOV. För enkelhetens skull återges nedan endast referenser till LOU.

Upphandlingsskadeavgift när avtal har fått bestå (21 kap. 1 § 1 och 2 LOU)
Enligt 20 kap. 13 § LOU ska allmän förvaltningsdomstol besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan nödvändig annonsering (otillåten direktupphandling). Rätten ska också förklara ett avtal ogiltigt om det har slutits efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7, 8 eller 9 §§ utan att de villkor som framgår av nämnda lagrum eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Ett avtal ska också förklaras ogiltigt om det har slutits enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 §§ har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Vidare ska ett avtal förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §§, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om det har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket eller 38 § första stycket. För ogiltighet av avtal som ingåtts i strid med avtalsspärr krävs att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 13 § andra stycket LOU). Rätten ska därför besluta att ett ingånget avtal får bestå, trots att förutsättningarna att ogiltigförklara avtalet i övrigt är uppfyllda, om den upphandlande myndigheten eller enheten endast har överträtt någon bestämmelse om avtalsspärr alternativt sådan bestämmelse och annan bestämmelse i upphandlingslagarna, utan att det medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada.

Rätten ska också besluta att avtal får bestå, trots att förutsättningarna att ogiltigförklara avtalet i övrigt är uppfyllda, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (20 kap. 14 § LOU).

Om allmän förvaltningsdomstol i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterat att avtal får bestå enligt ovan, kräver rättsmedelsdirektiven (89/665/EEG och 92/13/EEG), i dess lydelse enligt ändringsdirektivet (2007/66/EG), att en alternativ sanktion påförs den upphandlande myndigheten eller enheten som har ingått det aktuella avtalet. En sådan sanktion ska utgå som ett alternativ till den ogiltighet som annars skulle ha inträtt. Ändringsdirektivets krav på alternativ sanktion har genomförts i svensk rätt genom bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 21 kap. LOU.

Enligt 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om det i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterats att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr respektive på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket, har ålagts en skyldighet att ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift när ett avtal har fått bestå (21 kap. 2 § första stycket LOU).

Även i det fall det framgår av domskälen i det lagakraftvunna avgörandet att ett avtal får bestå har Konkurrensverket en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Det finns inte något krav på att detta ska framgå av domslutet.[4] I mål om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU ska det inte göras någon överprövning av det underliggande (lagakraftvunna) avgörandet i vilket det konstaterats att avtal har fått bestå.[5]

Upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling (21 kap. 1 § 3 LOU)
Utöver alternativ sanktion till ogiltighet kan upphandlingsskadeavgift även aktualiseras vid otillåtna direktupphandlingar som inte får bestå vid överprövning av giltighet enligt 20 kap. LOU. Efter ansökan från Konkurrensverket får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan nödvändig föregående annonsering. Ansökningar om upphandlingsskadeavgift vid otillåtna direktupphandlingar är fakultativa för tillsynsmyndigheten (21 kap. 1 § 3 och 2 § LOU).

Tidsfrister för ansökan om upphandlingsskadeavgift
Ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 eller 2 LOU ska ha kommit in till förvaltningsrätten i vars domkrets den upphandlande myndigheten

[4] Se HFD 2014 ref. 49.
[5] Se HFD 2014 ref. 49.

har sin hemvist inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på vann laga kraft (21 kap. 6 § LOU).

När en ansökan om upphandlingsskadeavgift avser otillåten direktupphandling enligt 21 kap. 1 § 3 LOU och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft (21 kap. 7 § första stycket LOU). Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § andra stycket LOU).

Avgiftens storlek
Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU). Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Upphandlingsskadeavgiften får efterges om det föreligger synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet. Värdet av det aktuella kontraktet utgör en av flera avgörande faktorer vid en sådan bedömning. Det högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall (HFD 2014 ref. 69).

Som påtalats ska det i mål om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU inte göras någon överprövning av det underliggande avgörandet i vilket allmän förvaltningsdomstol har fastställt att avtal får bestå.[6] De omständigheter som låg till grund för det underliggande avgörandet kan däremot beaktas vid bedömningen av sanktionsvärdet i målet om upphandlingsskadeavgift (HFD 2017 ref. 45 och mål nr 6525-15). Konkurrensverket kan därför göra gällande försvårande eller förmildrande omständigheter i samband med den tidigare konstaterade överträdelsen, vilka ska inverka höjande respektive sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vidare kan Konkurrensverket göra gällande att omständigheterna i den underliggande domen medför att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned eller helt efterges. Tillsynsmyndigheten kan också hävda att det är fråga om ett ringa fall och att någon avgift därför inte alls ska utgå. Förekomsten av sådana omständigheter inverkar inte på tillsynsmyndighetens skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 2 § första stycket LOU.

[6] Se HFD 2014 ref. 49.

Överprövning
I de fall en upphandlande myndighet eller enhet bryter mot upphandlingslag-stiftningen kan leverantörer ansöka hos förvaltningsrätt om att en upphandling ska överprövas. Ansökan ska lämnas in före utgången av avtalsspärren, i regel tio dagar efter tilldelningsbeslutet. Överprövning kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. Leverantörer har också möjlighet att föra talan om ogiltighet av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en annan leverantör. Ansökan om ogiltighetsförklaring måste lämnas in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Leverantörer kan även föra skadeståndstalan i allmän domstol. Det kan göras i de fall leverantören kan visa att den lidit ekonomisk skada av en upphandlande myndighets eller enhets överträdelse av upphandlingslagstiftningen.

Föreläggande
Konkurrensverket får hämta in upplysningar som är nödvändiga från upphandlande myndigheter och enheter eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten (22 kap. 2 § LOU). Upphandlande myndigheter och enheter är skyldiga att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet (22 kap. 3 § LOU).

Om det behövs för att Konkurrensverket ska kunna utöva sin tillsyn enligt lagarna får verket förelägga upphandlande myndigheter och enheter att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av en handling. Bestämmelsen omfattar även den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet (22 kap. 4 § LOU). Någon möjlighet att förena sådant föreläggande med vite finns inte.

Konkurrensverkets föreläggande får överklagas till allmän förvaltningsdomstol. Verket blir då motpart i domstolen. Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten (22 kap. 5 § LOU).

2.5 Tidigare överväganden om upphandlingsskadeavgift

Departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet
I departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30) lämnades förslag till ändringar i dåvarande LOU och LUF. Ändringarna syftade till att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EG och 92/13/EEG (ändringsdirektivet). Förslagen innefattade införande av regler om avtalsspärr och ogiltighet av avtal samt en särskild avgift.

Enligt förslaget skulle ett avtal få bestå, trots att det ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, och någon annan regel i LOU utan att det medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada eller om det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresse. I enlighet med ändringsdirektivet föreslogs införandet av en alternativ sanktion till att ogiltigförklara avtal i dessa situationer. Den alternativa sanktionen föreslogs bestå av en särskild avgift som skulle beslutas av allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket. I promemorian föreslogs en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om särskild avgift om det i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterats att avtal fått bestå trots att det ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr eller av tvingande hänsyn till allmänintresse.

I promemorian föreslogs att allmän förvaltningsdomstol även skulle kunna besluta om särskild avgift vid otillåten direktupphandling efter ansökan från Konkurrensverket. Sådana ansökningar föreslogs bli fakultativa för tillsynsmyndigheten. Förslaget om särskild avgift vid otillåten direktupphandling ingick inte i de förslag till ändringar i dåvarande upphandlingslagstiftning som syftade till att genomföra ändringsdirektivet i svensk rätt.

I promemorian föreslogs att Konkurrensverket skulle lämna ansökan om särskild avgift till allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då beslut om att avtal fått bestå har vunnit laga kraft. Vidare föreslogs att Konkurrensverket skulle få ansöka om särskild avgift vid otillåten direktupphandling tidigast efter fristen inom vilken ansökan om överprövning av avtalets giltighet från en leverantör ska ha lämnats in. Om en eller flera leverantörer ansökt om överprövning föreslogs att ansökan om upphandlingsskadeavgift skulle ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att beslut om överprövning vunnit laga kraft. Förslaget syftade till att undvika parallella processer.

I fråga om otillåtna direktupphandlingar vars giltighet inte blir föremål för ansökan om överprövning från en leverantör bedömdes i promemorian att det många gånger kunde tänkas vara svårare för tillsynsmyndigheten att få vetskap om det aktuella förvärvet och de närmare omständigheterna kring ett sådant. I promemorian föreslogs därför att tillsynsmyndigheten skulle få möjlighet att ansöka om särskild avgift inom två år från den tidpunkt då sådant avtal ingicks.

Den särskilda avgiften föreslogs uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 5 000 000 kronor. Avgiften skulle dock inte kunna överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vidare föreslogs att någon avgift inte skulle påföras i sådana sällsynta fall när överträdelsen får anses ringa samt att avgiften skulle kunna efterges vid synnerliga skäl.

Propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet
I propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet föreslog regeringen att

en särskild avgift, upphandlingsskadeavgift[7], skulle införas som alternativ sanktion till att ogiltigförklara avtal som fått bestå, antingen på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse eller trots att de ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr (prop. 2009/10:180 del 1 s. 181 f.). Regeringen föreslog att upphandlingsskadeavgiften skulle beslutas av allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket. Konkurrensverket skulle tillskrivas en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift när det i ett lagakraftvunnet avgörande konstaterats att avtal fått bestå.

Regeringen bedömde att ändringsdirektivet kräver att den alternativa sanktionen (upphandlingsskadeavgiften) ska utgå när det i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterats att ett avtal får bestå, trots att rekvisiten för ogiltighet i övrigt är uppfyllda (a. prop. s. 185 f., 189 och 199).

Regeringen föreslog vidare att allmän förvaltningsdomstol även skulle kunna besluta att upphandlande myndigheter och enheter ska betala upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling efter ansökan från Konkurrensverket. Sådan ansökan om upphandlingsskadeavgift föreslogs bli fakultativ för verket.

Enligt regeringen skulle det primära syftet med tillsynsmyndighetens roll vara att tillvarata samhällets intresse av konkurrensutsättning och följaktligen att allmänna medel används ändamålsenligt och kostnadseffektivt. Vid bestämmandet av frister som borde gälla för ansökningar om upphandlingsskadeavgift uttalade regeringen att en avvägning måste göras mellan Konkurrensverkets behov av tillräckligt med tid för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas och upphandlande myndigheters och enheters intresse av att endast under en begränsad tid behöva leva i ovisshet om sådan talan kommer att väckas (prop. 2009/10:180 del 1 s. 207 ff.).

Regeringen föreslog att Konkurrensverket skulle ansöka om upphandlingsskadeavgift hos allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då beslut om att avtal fått bestå har vunnit laga kraft. Regeringen ansåg att sex månader var tillräckligt med tid för verkets utredning under sådana omständigheter. För att underlätta tillsynsmyndighetens arbete gjordes bedömningen att det i förordning bör föreskrivas en skyldighet för domstolarna att skicka in samtliga avgöranden i upphandlingsmål till verket.

När ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på otillåten direktupphandling och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, föreslogs att ansökan inte får göras förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från tidpunkten då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Enligt regeringens

[7] Regeringen frångick alltså promemorians förslag på avgiftens namn, se a. prop. s 184.

bedömning var sex månader från laga kraft tillräckligt med tid för tillsynsmyndighetens utredning.

Regeringen instämde i promemorians bedömning att det många gånger kan antas vara svårare för Konkurrensverket att få kännedom om upphandlande myndigheters och enheters förvärv och de närmare omständigheterna kring detta i de fall ingen leverantör ansöker om överprövning av avtalets giltighet. Enligt regeringens mening fanns det goda grunder för att samma tidsfrist borde gälla för att ge in en ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift som för att väcka talan om skadestånd, dvs. inom ett år. I fråga om ansökningar om upphandlingsskadeavgift för otillåtna direktupphandlingar, vars giltighet inte blivit föremål för ansökan om överprövning, föreslog regeringen därför att tillsynsmyndigheten skulle lämna sådan inom ett år från det att avtalet slöts (a. prop. s. 206 f.). Enligt regeringen fick ett år anses vara tillräckligt med tid för att verket ska kunna införskaffa tillräckligt med utredning för att ge in ansökan om upphandlingsskadeavgift till domstol (a prop. s. 208 f.).

Regeringen föreslog att upphandlingsskadeavgiften skulle uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften skulle inte få överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Enligt regeringen ska upphandlingsskadeavgiften vara avskräckande, effektiv och proportionerlig. Regeringens avsikt var inte att upphandlingar till lägre värden proportionellt ska sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande värden (prop. 2009/10:180 del 1 s. 195 och 197).

I fråga om beräkning av avgiftens storlek inom nämnda intervall anförde regeringen bl.a. följande (a. prop. s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek inom givna beloppsramar. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter att köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis

vara fråga om upprepat beteende från den upphandlande myndigheten i fråga om att inte iaktta avtalsspärr eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat beteende bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållande att den upphandlande myndigheten eller enheten på annat sätt har drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Enligt regeringens bedömning skulle någon avgift inte beslutas i ringa fall. Regeringen anförde att utrymmet för tillämpningen av bestämmelsen skulle vara ytterst begränsat och underströk utgångspunkten att bestämmelsen bör komma till användning endast i sällsynta fall. Regeringen erinrade om att det i de direktivstyrda fallen följer av ändringsdirektivet att det ska finnas en sanktion som är alternativ till ogiltighet, varför utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat (prop. 2009/10:180 del 1 s. 198).

Regeringen anförde vidare att det ska vara möjligt att efterge avgiften om det finns synnerliga skäl. Möjligheten till eftergift är en ventil som endast är avsedd att tillämpas i undantagsfall. Enligt regeringen föreligger synnerliga skäl för eftergift om det skulle framstå som orimligt eller stötande att en avgift tas ut. Enligt regeringen kräver ändringsdirektivet att det påförs en alternativ sanktion om ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.[8]

Bestämmelserna om ringa fall och eftergift föreslogs även omfatta upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. § 1 och 2 LOU, dvs. när det i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställts att ett avtal får bestå. Allmän förvaltningsdomstol ska därmed ha möjlighet att besluta att någon avgift inte ska utgå i ringa fall respektive efterge avgiften vid synnerliga skäl även när ansökan grundas på att det i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterats att avtal ska bestå. Någon möjlighet för Konkurrensverket att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU i de fall myndigheten bedömer att det är fråga om ringa fall eller skäl för eftergift föreslogs inte.

Regeringen uttalade att en utvärdering av reglerna om upphandlingsskadeavgift bör göras när dessa har tillämpats någon tid och erfarenheter kan dras av utfallet. Enligt regeringen borde en sådan utvärdering bland annat innefatta avgiftens storlek och beräkningen av denna (a. prop. s. 184, 190 och 196).

Riksdagen fattade beslut om ändring i upphandlingslagarna i enlighet med propositionen.[9] Den reglering som beslutades har i allt väsentligt förts över till de nu gällande upphandlingslagarna.

Konkurrensverkets skrivelser

År 2012 redovisare Konkurrensverket i skrivelse till regeringen sina erfarenheter

[8] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 199.
[9] Bet. 2009/10:FiU22, rskr 2009/10:311.

av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift (Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift, dnr 381/2012). Konkurrensverket påtalade att verket skrev av ett stort antal utredningar avseende brott mot annonseringsskyldigheten. En vanlig orsak till sådana avskrivningar var att den upphandlande myndigheten eller enheten hade ingått det aktuella avtalet för mer än ett år sedan, varpå ansökningsfristen hade löpt ut, eller att ärendet inte kunde utredas tillräckligt inom sådan tidsperiod. I en ny skrivelse till regeringen 2013 framhöll Konkurrensverket att den ettåriga ansökningsfristen utgjorde det största tillämpningsproblemet med regelverket (Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift t.o.m. september 2013, dnr 532/2013). Enligt Konkurrensverket medförde fristen att många ärenden fick prioriteras bort eller skrivas av efter utredning. Enligt Konkurrensverket hindrade den ettåriga fristen myndigheten från att arbeta på ett mer strukturerat och planerat sätt.

Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m.
I betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. analyserade Överprövningsutredningen fristen för ansökningar om upphandlingsskadeavgift vid otillåtna direktupphandlingar vars giltighet inte blivit föremål för ansökan om överprövning av någon leverantör (SOU 2015:12). Utredningen ansåg att den omständighet att mer än hälften av de ärenden som Konkurrensverket öppnat skrivs av på grund av att ärendet är preskriberat kunde tala för att fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift borde förlängas till två år.

Enligt utredningens mening ska ansökningsfristens längd ge uttryck för en väl avvägd balans mellan upphandlande myndigheters och enheters behov av att inte under en alltför lång tid vara i ovisshet i fråga om påförande av upphandlingsskadeavgift och det allmännas intresse av att tillsynsmyndigheten på ett effektivt sätt kan genomföra sitt uppdrag att bedriva allmänpreventivt arbete för att förhindra otillåtna direktupphandlingar. Enligt utredningens mening bör det därför framkomma skäl som medför att den tidigare bedömningen i fråga om ansökningsfristens längd bör frångås.

Enligt utredningen hade Konkurrensverket i sina skrivelser till regeringen (Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift, dnr 381/2012, och Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift t.o.m. september 2013, dnr 532/2013) inte närmare redogjort för vilka alternativa möjligheter att lösa frågan om preskriberade direktupphandlingar som verket hade utrett. Enligt utredningen fanns det inte underlag för att utreda om de problem som tillsynsmyndigheten påtalat skulle kunna åtgärdas genom t.ex. omorganisation av verksamheten eller omfördelning av resurser.

Utredningen ansåg därför 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 föreslog inte någon förändring av fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift vid otillåtna direktupphandlingar.

2.6 Ingripandemöjligheter enligt konkurrenslagen

Vid överträdelser av konkurrenslagen (2008:579), KL, har Konkurrensverket möjlighet att dels ansöka om att domstol ska utdöma en sanktion, dels möjlighet att besluta om vissa sanktioner. De olika sanktionerna som kan aktualiseras är konkurrensskadeavgift, avgiftsföreläggande, åläggande med eller utan vite att upphöra med en överträdelse samt näringsförbud enligt lagen (2014:836) om näringsförbud.

Konkurrensverket har enligt 3 kap. 5 § KL möjlighet att föra talan till Patent- och marknadsdomstolen avseende konkurrensskadeavgift om ett företag bryter mot något av förbuden i konkurrenslagen. Avgiften kan max uppgå till 10 procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår enligt 3 kap. 6 § KL och tillfaller staten.

Vid bedömningen av konkurrensskadeavgiftens storlek ska enligt 3 kap. 8 § KL hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är genom att se till överträdelsens art, marknadens omfattning och betydelse samt överträdelsens konkreta eller potentiella påverkan på konkurrensen på marknaden och hur länge den har pågått. Preskriptionstiden för konkurrensskadeavgift är fem år från det att överträdelsen upphört enligt 3 kap. 20 § KL. Se även 3 kap. 12–15 §§ KL för eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift.

Som alternativ till att ansöka om konkurrensskadeavgift i domstol kan Konkurrensverket under vissa förutsättningar förelägga ett företag att betala en avgift, s.k. avgiftsföreläggande enligt 3 kap. 16 § KL, vilket är ett system som bygger på frivillighet. Företaget har rätt att avstå från att godkänna ett avgifts-föreläggande. För att Konkurrensverket ska få förelägga ett företag att betala ett avgiftsföreläggande ska omständigheterna i det aktuella fallet anses vara klara.

Konkurrensverket kan i Patent- och marknadsdomstolen föra talan om att en person i ett företags ledning, till exempel vd, vice vd eller en styrelseledamot, ska meddelas näringsförbud om de har deltagit i en kartell, 3 kap. 24 § KL och lagen (2014:836) om näringsförbud. Näringsförbud drabbar företagets företrädare, dvs. fysiska personer och är ett komplement till konkurrensskadeavgift i vissa särskilt allvarliga fall av konkurrensbegränsande samarbeten.

Konkurrensverket kan ålägga ett företag som bryter mot något av förbuden i KL att upphöra med överträdelsen, enligt 3 kap. 1–3 §§ KL. Exempelvis kan ett sådant åläggande vara att företaget måste upphöra med att tillämpa ett visst avtal, avtals-villkor och dylikt. Ett åläggande kan förenas med vite.

Konkurrensverket får därtill ålägga företag eller någon annan att lämna vissa uppgifter eller inställa sig till förhör om det behövs för att Konkurrensverket ska kunna fullgöra sina uppgifter, 5 kap. KL. Kommuner och landsting som driver

verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur kan också åläggas att redovisa kostnader och intäkter i verksamheten.

I 1 kap. 5 § KL definieras begreppet företag, med vilket avses en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning. Verksamhet som varken är av ekonomisk eller kommersiell natur utgör alltså inte ett företag och omfattas inte av sanktionsmöjligheterna i KL. Begreppet ska tolkas vidsträckt, precis som inom EU-rätten. Det spelar ingen roll om verksamheten utövas i offentlig eller privat regi, och verksamheten behöver inte bedrivas med vinstsyfte för att anses vara ett företag.

Staten, kommuner och landsting räknas som företag i den mån de bedriver verksamhet av ekonomisk natur som således inte utgör myndighetsutövning. Inom det kommunala området anses näringsverksamhet utöver den rena affärsverksamheten, också fakultativ verksamhet dvs. verksamhet som kommuner och landsting inte är skyldiga att bedriva enligt lag och förordning utan som bedrivs med stöd av den allmänna kompentensen. Gällande dess obligatoriska uppgifter, såsom sjukvård, skola, räddningstjänst och dylikt anses det utgöra näringsverksamhet när den drivs i konkurrens med andra och i kommersiella former.

Det kan konstateras att Konkurrensverket har möjlighet att ansöka respektive fatta beslut om sanktioner avseende både privata och offentliga organ som ryms inom begreppet företag enligt konkurrenslagstiftningen.

2.7 Förekomst av korruption i konkurrens- och upphandlingsärenden

Konkurrensverkets erfarenheter och arbete

Konkurrensverkets erfarenheter visar att korruption kan förekomma i alla typer av ärenden som Konkurrensverket utreder, inte bara upphandlingar och karteller.

Vad gäller de konkurrensproblem som Konkurrensverket utreder i sin tillsynsverksamhet kan korruption underlätta, eller till och med möjliggöra, ett förfarande som är i strid med konkurrens- eller upphandlingsreglerna. Det kan till exempel vara att ett vänskapsförhållande mellan en budgivare och en inköpare utnyttjas för att anpassa kraven som ställs i en upphandling så att dessa gynnar budgivaren. Korruption kan också användas för att dölja en konkurrensbegränsning till exempel genom påtryckningar mot en upphandlare att inte anmäla ett tecken på en kartell till Konkurrensverket. Korruption kan även vara ett sätt i sig för företag att begränsa konkurrensen, i stället för att tillämpa ett mer ”traditionellt” konkurrensbegränsande förfarande. Ett företag med dominerande ställning kan på olika sätt gynna anställda hos återförsäljare för att påverka dessa att handla exklusivt med det dominerande företaget. Korruption kan vara det enda sättet att skaffa sig konkurrensfördelar som att ett företag får en ensamrätt

(till exempel ett tillstånd från en myndighet) och därigenom får en monopolställning där det annars borde råda fri konkurrens.

I rapporten Korruption som begränsar Konkurrensen (2018:10) har Konkurrensverket redogjort för hur ofta det förekommer tecken på korruption i tillsynsarbetet. Det handlar inte enbart om uppenbara mutbrott där pengar och dyrbara gåvor eller förmåner kan vara inblandade. Det kan också vara fråga om vänskapskorruption, s.k. svågerpolitik och andra jävssituationer. Av de senaste årens ärenden om misstänkta överträdelser av konkurrenslagen uppskattas att cirka 15–20 procent har haft indikationer på korruption. Av upphandlingsärenden uppskattas andelen med tecken på korruption något lägre, mellan 5 och 10 procent. Antalet upphandlingsärenden är dock till numerären betydligt fler.

Konkurrensverket har daglig bevakning av omvärld och media. Uppgifter i media kan innebära att Konkurrensverket initierar ett ärende för att utreda om något brott begåtts mot konkurrens- eller upphandlingsreglerna. Konkurrensverkets prioriteringspolicy, som ligger till grund för bedömningen av vilka ärenden som ska leda till utredning, har uppdaterats. Om det finns tecken på korruption i en misstänkt lagöverträdelse så ska det vägas in i prioriteringen. Konkurrensverket utreder dock inte korruptionen som sådan då detta inte ligger i myndighetens uppdrag. Däremot har Konkurrensverket upparbetade kontakter med rättsvårdande myndigheter såsom Riksenheten mot korruption vid Polismyndigheten.

På grund av den nära korroptionsrisken i de tillsynsärenden som Konkurrensverket utreder arbetar Konkurrensverket även förebyggande genom informationsinsatser och samarbete med aktörer som t.ex. Institutet mot mutor och Statskontoret.

Nationella upphandlingsstrategin och Upphandlingsmyndighetens arbete
Som ett led i arbetet med att utveckla de offentliga upphandlingarna har regeringen tagit fram en nationell upphandlingsstrategi. Den innehåller struktur för hur upphandlande myndigheter och enheter kan arbeta för att utveckla sitt strategiska arbete med offentliga inköp.

Den nationella upphandlingsstrategin riktar sig främst till de statliga myndigheterna. Det är regeringens önskan och avsikt att statliga myndigheter genomför innehållet i strategin. Samtidigt konstateras att kommuner och landsting står för en stor del av de offentliga inköpen i Sverige. Regeringen vill därför verka för att företrädare för kommuner och landsting, samt andra upphandlande myndigheter tar fram styrande dokument med upphandlingsstrategin som grund.

Samtidigt som den nationella upphandlingsstrategin beslutades fick Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att genomföra och följa upp strategin.

Upphandlingsmyndigheten ska verka för att den nationella upphandlingsstrategin får genomslag. Det sker genom att informera och vägleda upphandlande myndigheter att utveckla sitt strategiska arbete med inköp och upphandling. Dessutom har Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att följa upp hur upphandlingsstrategin har påverkat myndigheters inköpsarbete och vilka övriga effekter som kan påvisas med anledning av strategin.

Den nationella upphandlingsstrategin innehåller sju inriktningsmål som syftar till att lyfta det offentliga inköpet till en strategisk nivå. Det första inriktningsmålet, Offentlig upphandling som strategiskt verktyg för en god affär, är det övergripande målet. Övriga sex inriktningsmål är vägarna till det övergripande målet. De beskriver vilka delar som behöver ingå för att det offentliga köpet ska bidra till att utveckla den offentliga verksamheten. Mål fyra handlar om en rättssäker offentlig upphandling. Målet omfattar ett aktivt arbete med att förebygga korruption och jäv i de offentliga inköpen, att agera med öppenhet och kommunikation för att förhindra onödiga rättsprocesser samt att avtalsuppföljningar i högre utsträckning ska bidra till att säker ställa rättssäkerheten.

Den undersökning som Upphandlingsmyndigheten gjorde visade att en mycket stor andel av de upphandlande myndigheterna har tydliggjort i sina styrdokument hur arbetet med att motverka jäv och korruption och jäv i upphandling ska bedrivas. Undersökningen visar dock inte hur väl styrdokumenten efterlevs och vad de innehåller. Upphandlingsmyndigheten har också tagit fram ett stödmaterial om hur korruption i offentlig upphandling kan förebyggas.

3 Nordisk jämförelse

3.1 Finland

Möjligheterna att utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen i Finland skiljer sig något från de som återfinns i Sverige. Konkurrens- och konsumentverket (KKV) är tillsynsmyndighet och dess kompetens återfinns bland annat i lagen om offentlig upphandling och koncession (1397/2016), upphandlingslagen.

Enligt 139 § upphandlingslagen kan var och en som anser att en upphandlande enhet har förfarit i strid med lagen begära att KKV ska vidta åtgärder för att utreda förfarandets lagenlighet. Därefter ska behandlingen av begäran tillämpas i enlighet med vad som står föreskriver om förvaltningsklagan i 8 a kap. förvaltningslagen. Förvaltningsklagan ska som huvudregel anföras skriftligt men får anföras muntligt om den övervakande myndigheten samtycker till det. Vid förvaltningsklagan ska anföraren uppge på vilka grunder denne anser att det aktuella förfarandet varit felaktigt och så långt som möjligt lämna uppgifter om tidpunkten för förfarandet eller underlåtenhet som kritiken gäller enligt 53 a § förvaltningslagen. I avgörandet som gäller förvaltningsklagan kan den övervakande myndigheten uppmärksamma den övervakade på kraven på god förvaltning samt underrätta den övervakade om sin uppfattning om ett lagenligt förfarande, enligt 53 c § förvaltningslagen. Om detta inte räcker kan den övervakade ges en anmärkning eller annan administrativ styrning.

Tillsynsmöjligheterna skiljer sig åt för direktupphandlingar som under- och överstiger EU:s tröskelvärden. Vid olaglig direktupphandling under tröskelvärdena kan KKV förbjuda att ett upphandlingsbeslut verkställs enligt 140 § upphandlingslagen. Vid direktupphandlingar som överstiger tröskelvärdena kan KKV därutöver göra en framställning till marknadsdomstolen om bestämmande av påföljder enligt 154 § upphandlingslagen, såsom att helt eller delvis upphäva ett beslut av en upphandlande enhet, förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iaktta ett oriktigt förfarande, ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet om förfarandet varit felfritt, döma ut en ogiltighetspåföljd för den upphandlande enheten, bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift, förkorta kontraktsperioden för upphandlingskontraktet eller koncessionen så att den löper ut efter en tid som marknadsdomstolen bestämmer.

Därutöver har Marknadsdomstolen enligt 161 § upphandlingslagen möjlighet att förena ett förbud eller ett åläggande enligt upphandlingslagen med vite enligt viteslagen (1113/1990). Därtill kan underrätter enligt 10 kap. rättegångsbalken besluta om skadestånd enligt 169 § upphandlingslagen.

3.2 Danmark

Danmark har färre sanktionsmöjligheter än vad som är fallet i Sverige. Motsvarande lagen om offentlig upphandling heter Utbudsloven. Den danska tillsynsmyndigheten Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (KFST) är både rådgivande myndighet och tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Danmark. Myndighetens beslut är inte juridiskt bindande.

En aktör som vill framföra ett klagomål avseende offentlig upphandling kan göra det på tre sätt. En part kan anmäla klagomålet till KFST, som inte har någon möjlighet att utdöma sanktioner utan endast ger råd och eventuellt anmäla klagomålet till Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet for Udbud är en självständig administrativ styrelse bestående av domare som avgör anmälda klagomål avseende överträdelser av offentliga upphandlingar. Klagenævnet for Udbud kan bland annat besluta om att avsluta upphandlade kontrakt och avbryta den upphandlande myndighetens beslut att tilldela ett kontrakt, utdöma alternativa ekonomiska sanktioner såsom skadestånd om en leverantör har fått ekonomiska förluster.

3.3 Norge

Även i Norge skiljer sig tillsynsmyndighetens möjligheter till sanktioner jämfört med Sverige. Motsvarande lagen om offentlig upphandling i Norge heter Lov om offentlige anskaffelser (LOA). Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) är den nämnd som hanterar klagomål avseende brott mot LOA. För övriga ärenden kostar det 8 000 NKK att överklaga. Om överträdelsen bedöms vara ett brott mott LOA ska summan återbetalas. Även om klagomålet skulle återkallas kan nämnden fortsätta att behandla ärendet och ålägga en överträdelseavgift för den part som har begått överträdelsen. Klagomål kan göras upp till två år från dagen för kontraktet.

KOFA kan besluta om overtredelsesgebyr, överträdelseavgift, om den har bedömt att en part har agerat avsiktligt eller grovt oaktsamt när den genomfört en otillåten direktupphandling. Överträdelseavgiften kan inte åläggas om parten har offentliggjort en avsiktsförklaring i enlighet med bestämmelserna i förordningarna och tidigast ingått kontraktet efter utgången av tio dagar från dagen efter dagen för tillkännagivandet. Hänsyn ska tas till överträdelsens allvar, storleken på upphandlingen, huruvida kunden tidigare har gjort otillåtna direktupphandlingar samt en förebyggande verkan. Överträdelseavgiften får som högst uppgå till 15 procent av anskaffningsvärdet. Beslutet om överträdelse-avgiften kan inte överklagas och ska betalas två månader efter att beslutet fattats. Preskriptionstiden är två år från avtals ingående.

4 Överväganden och förslag

4.1 Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande

Förslag: Konkurrensverket ska få befogenhet att meddela de förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Förelägganden och förbud ska kunna riktas mot upphandlande myndigheter och enheter.

Konkurrensverket ska kunna bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud ska gälla omedelbart.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska inte kunna avse en otillåten direktupphandling som redan är föremål för Konkurrensverkets föreläggande eller förbud vid vite. Likaså ska ett föreläggande eller förbud vid vite inte kunna utfärdas avseende en överträdelse av annonseringsskyldigheten som redan är föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Skälen för förslaget

Upphandlingslagstiftningen syftar bland annat till att säkerställa att våra gemensamma skattemedel används på bästa sätt. Genom att följa lagarna bidrar upphandlande myndigheter och enheter till en rättssäker offentlig upphandling och risken för korruption minskar. Som framgått ovan (avsnitt 2.2) är dock regleringen begränsad. Till exempel saknas ramar i lag för tillsynsmyndighetens verksamhet. Möjligheterna för Konkurrensverket att ingripa mot många upphandlingsrättsliga överträdelser är också begränsade, vilket försvårar att syftena med upphandlingslagstiftningen uppnås.

Konkurrensverkets tillsynsverksamhet är i dag begränsad till att antingen ansöka om upphandlingsskadeavgift i de fall skyldigheten att annonsera åsidosatts eller fatta tillsynsbeslut med begränsad handlingsdirigerande effekt. Dessa ingripande-möjligheter mot överträdelser av upphandlingslagstiftningen är inte tillräckliga för att Konkurrensverket ska kunna bidra till en effektiv offentlig upphandling. Konkurrensverkets upphandlingstillsyn behöver därför kompletteras för att uppnå större effektivitet, enhetlighet och tydlighet. Utan sådan komplettering av de rättsliga ramarna för tillsynen finns risk för att den offentliga upphandlingen blir ineffektiv och att syftena med upphandlingslagstiftningen går förlorad.

Konkurrensverkets tillsynsbeslut kan, i avsaknad av lagreglering, beskrivas som att kritik riktas mot tillsynsobjektets agerande. Besluten är begränsade till historiskt inträffade överträdelser av upphandlingslagstiftningen. Tillsynsbesluten har en vägledande effekt och flertalet upphandlande myndigheter och enheter har också rättat sig efter Konkurrensverkets bedömning (se Konkurrensverkets rapportserie 2016:1 Tillsyn har effekt – uppföljning av

Konkurrensverkets upphandlingstillsyn). I vissa fall fortsätter dock överträdelserna.

Som Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade i HFD 2018 ref. 17 saknar Konkurrensverket rättslig grund för att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Frågan övervägdes i samband med att regleringen om upphandlingsskadeavgift infördes. Då uttalade regeringen att det inte fanns något behov av att ge tillsynsmyndigheten möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende (se prop. 2009/10:180 s. 218 f.). Nuvarande ordning medför dock att Konkurrensverket inte kan bedriva en tillräckligt effektiv tillsyn över upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket kan för närvarande inte ingripa med sanktioner i ett flertal situationer. Dessa situationer kan delas in i följande typfall:

- konstaterad överträdelse av upphandlingslagstiftningen som inte rör åsidosättande av annonseringsskyldigheten,

- konstaterad överträdelse av annonseringsskyldigheten då preskriptionsfristen för en ansökan om upphandlingsskadeavgift löpt ut.

Det första typfallet rör överträdelser av upphandlingslagstiftningen som saknar koppling till annonseringsskyldigheten, vilket är en förutsättning för att Konkurrensverket ska kunna ingripa. Det kan exempelvis vara krav som ställts i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, olämpligt utformade ramavtal som snedvrider konkurrensen eller avrop som skett i strid med annonserat ramavtal. I dessa fall är Konkurrensverkets befogenheter begränsade till att fatta tillsynsbeslut utan några ytterligare möjligheter till ingripande. De angivna situationerna omfattar ofta stora volymer och värden och påverkar därför marknader på ett negativt sätt. Begränsningen i möjligheten att säkerställa regelefterlevnad motverkar i betydande grad möjligheten att nå en effektiv upphandlingstillsyn, en sund konkurrens och bidra till att motverka korruption. Det kan vidare konstateras att det finns brott mot upphandlingslagstiftningen som varken Konkurrensverket eller leverantörer genom begäran om överprövning kan ingripa mot. Det kan gälla exempelvis brott mot skyldigheten att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar eller brott mot dokumentationsplikten (4 kap. 13 § och 19 kap. 30 § LOU). Med nya möjligheter till ingripande kan Konkurrensverket i ökad utsträckning bidra till en mer effektiv offentlig upphandling. En viktig aspekt av tillsynen över upphandlingslagstiftningen är även att bidra till att motverka korruption. Konkurrensverkets möjlighet att ingripa mot t.ex. vinklade upphandlingsdokument, där en på förhand utvald leverantör valts ut som vinnare av en upphandling eller andra brott mot öppenhets- och likabehandlingsprincipen, är därför av central betydelse.

Det andra typfallet avser situationer där överträdelser av annonserings-skyldigheten har konstaterats men där Konkurrensverket inte kan ansöka om en upphandlingsskadeavgift då fristen för att ansöka om en sådan löpt ut eller kommer att löpa ut innan en ansökan kan anhängiggöras i domstol. Det kan exempelvis gälla gamla avtal som ingåtts och som snedvrider konkurrensen på ett betydande sätt. Konkurrensverkets enda möjlighet att uppnå efterlevnad av reglerna kring liknande fall har varit att rikta kritik mot en upphandlande myndighet i ett tillsynsbeslut i förhoppning om en frivillig rättelse. Någon möjlighet att påföra sanktion för eventuellt bristande efterlevnad av beslutet saknas. I dessa fall är det tydligt att Konkurrensverkets befintliga befogenheter inte är tillräckliga för att uppnå en effektiv upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Flertalet tillsynslagar på andra områden innehåller bestämmelser om att en aktör ska rätta en situation som bedöms vara i strid med lagens bestämmelser. Bland annat återfinns sådana bestämmelser i plan och bygglagen (2010:900), arbetsmiljölagen (1977:1160), ellagen (1997:857), skollagen (2010:800), lag (2003:389) om elektronisk kommunikation, lotterilagen (1994:1000) och diskrimineringslagen (2008:567). I dessa lagar har ett antal myndigheter getts möjlighet att genom föreläggande och förbud säkerställa att tillsynsobjekten vidtar en viss åtgärd för att uppnå regelefterlevnad.

För att upphandlingstillsynen ska kunna utövas effektivt är Konkurrensverket med hänsyn till ovanstående i behov av att kunna ingripa mot överträdelser som inte kan sanktioneras genom en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Att kunna förelägga ett tillsynsobjekt att företa en viss åtgärd eller meddela förbud som innebär att den som beslutet gäller måste avstå från att utföra en viss åtgärd bedöms som ändamålsenligt för att kunna uppnå syftet med lagstiftningen och bidra till kampen mot korruption. Ett föreläggande att vidta en åtgärd kan aktualiseras när en upphandlande myndighet eller enhet ingått ett tillsvidareavtal utan slutdatum. Under sådana omständigheter skulle ett föreläggande kunna avse att ett slutdatum ska fastställas. Ett förbudsföreläggande skulle exempelvis kunna utfärdas då 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 ifråga. Ett förbud kan även aktualiseras när en upphandlande myndighet eller enhet tillämpar godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på likabehandling och transparens. Det förekommer också att upphandlande myndigheter och enheter i upphandlingar tillämpar tidigare antagna policy- eller inriktningsbeslut som står i uppenbar strid med upphandlingslagstiftningen.

Mot den angivna bakgrunden görs därför bedömningen att Konkurrensverket ska kunna besluta om de förelägganden och förbud som behövs för att

upphandlingslagarna ska följas. I syfte att säkerställa regelefterlevnaden bör sådana beslut vid behov kunna förenas med vite (se nedan avsnitt 4.6).

Förelägganden och förbudsbeslut ska alltid vara proportionerliga i förhållande till konstaterade brister. Sådana beslut får inte heller meddelas på sådant sätt att de får oproportionerliga följder. Syftet med tillsynsmyndighetens beslut ska alltid vara att ingripa mot ett beteende som är felaktigt utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Besluten ska således till exempel inte få till verkan att en myndighet eller enhet hindras från att bedriva offentligrättslig verksamhet.

Verkan av ett föreläggande eller förbud är att en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att vidta eller avstå från en viss åtgärd. Tillsynsmyndighetens beslut medför alltså inte att ett felaktigt agerande som ett föreläggande tar sikte på blir ogiltigt eller några andra liknande rättsföljder.

Verkställighet
Huvudregeln inom förvaltningsrätten är att beslut blir verkställbara först när de har vunnit laga kraft. Det kan dock uppstå situationer då tillsynsmyndighetens beslut bör kunna verkställas omedelbart. Myndigheten ska därför kunna bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud ska gälla omedelbart.

Dubbla sanktioner?
I promemorian föreslås att Konkurrensverket ska få möjlighet att förbjuda en upphandlande myndighet eller enhet från att vidta åtgärder som är oförenliga med upphandlingslagstiftningen. Ett sådant förbud ska få förenas med vite. Enligt förslaget skulle Konkurrensverket därmed bland annat kunna förbjuda en upphandlande myndighet eller enhet vid vite att tillämpa ett avtal som ingåtts genom en otillåten direktupphandling. Enligt förslaget skulle Konkurrensverket även fortsättningsvis ha möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift avseende en sådan otillåten direktupphandling enligt 21 kap. 1 § 3.

Med hänsyn till bl.a. allmänna rättsgrundsatser om att en överträdelse inte ska kunna leda till dubbla sanktioner, bör en och samma överträdelse av upphandlingslagstiftningen inte kunna föranleda såväl vite som upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket bör därför inte kunna ansöka om upphandlingsskadeavgift avseende en otillåten direktupphandling i de fall verket redan har fattat beslut om förbud eller föreläggande vid vite avseende den otillåtna direktupphandlingen. Likaså bör Konkurrensverket inte kunna fatta beslut om förbud eller föreläggande vid vite avseende en otillåten direktupphandling som redan är föremål för en ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Om det under Konkurrensverkets utredning av ett ärende framkommer att en upphandlande myndighet eller enhet har ingått avtal genom en otillåten direktupphandling, och fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift i 21 kap. 7 § ännu inte har löpt ut, ska Konkurrensverket ha möjlighet att avgöra vilken av de

två alternativa tillsynsåtgärderna (förbud eller föreläggande vid vite alternativt ansökan om upphandlingsskadeavgift) som ska användas.

För att undvika dubbla processer bör Konkurrensverket inte fatta beslut avseende tillåtligheten av en viss upphandling eller respektive ingående av ett visst avtal innan tidsfristerna för ansökan om överprövning av upphandlingen (20 kap. 11 och 12 §§) respektive för ansökan om överprövning av avtalets giltighet (20 kap. 17 §) har löpt ut. Någon särskild reglering om det bedöms dock inte vara nödvändig.

4.2 Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Förslag: Tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende avtal som en upphandlande myndighet har slutit utan föregående annonsering (otillåten direktupphandling), i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom tillämpliga tidsfrister, ska förlängas till två år.

Skälen för förslaget

Upphandlingslagstiftningens krav på konkurrensutsättning av offentliga kontrakt möjliggör för samtliga leverantörer att lämna anbud och innebär att det anbud accepteras som bäst uppfyller myndighetens eller enhetens behov. Konkurrensutsättningen skapar därigenom förutsättningar för goda affärer och ett effektivt användande av skattemedel.

Iakttagande av annonseringsskyldigheten i LOU är en förutsättning för att den upphandlande myndigheten ska agera i enlighet med principen om öppenhet. Sådan öppenhet utgör en garanti för att det inte förekommer risk för favorisering av anbudsgivare eller annat godtycke från den upphandlande myndighetens sida.[10] De allmänna principerna på upphandlingsområdet säkerställer att beslut om tilldelning av offentliga kontrakt endast baseras på sakliga och objektiva kriterier samt att alla potentiella leverantörer behandlas lika. Genom iakttagande av dessa principer säkerställs därmed att det inte förekommer någon form av korruption eller diskriminering vid upphandlande myndigheters och enheters tilldelning av kontrakt. Den transparens som omgärdar ett annonserat upphandlingsförfarande möjliggör kontroll i efterhand om den upphandlande myndigheten eller enheten har agerat i enlighet med lagstiftningen. Sådan öppenhet ger även allmänheten insyn i hur upphandlande myndigheter använder allmänna medel i sina inköp, vilket kan bidra till att förtroendet för den offentliga upphandlingen stärks.

[10] Mål C-223/16 *Casertana*, punkt 34.

Otillåten direktupphandling innebär att ett kontrakt tilldelas utan den nödvändiga annonsering som upphandlingslagstiftningen kräver. Därigenom åsidosätts principerna om öppenhet och likabehandling. Avsaknaden av annonsering innebär därmed att upphandlingen inte omgärdas av sådan öppenhet som säkerställer insyn i kontraktsföremålet och kriterierna för dess tilldelning.[11] Bristen på likabehandling och öppenhet innebär risk för att den upphandlande myndigheten eller enheten favoriserar en viss leverantör eller tar andra ovidkommande hänsyn vid tilldelning av kontrakt. En otillåten direktupphandling innebär även att den upphandlande myndigheten eller enheten riskerar att utsättas för otillbörlig påverkan från leverantörer. Avsaknaden av nödvändig annonsering enligt upphandlingslagstiftningen medför därmed risk för korruption. Av EU-domstolens praxis följer också att otillåtna direktupphandlingar utgör den allvarligaste överträdelsen av unionsrätten på upphandlingsområdet som en upphandlande myndighet eller enhet kan begå.[12]

Genom att åsidosätta skyldigheten att konkurrensutsätta kontrakt minskar även den upphandlande myndighetens möjligheter att ingå avtal med den bäst lämpade leverantören och enligt det anbud som bäst uppfyller myndighetens behov. Om skyldigheten att konkurrensutsätta kontrakt åsidosätts finns det därför risk för att allmänna medel inte används på det sätt som ger största möjliga nytta för myndigheten och skattebetalarna.

Vidare medför avsaknaden av öppenhet vid otillåten direktupphandling att allmänhetens insyn i den upphandlande myndighetens agerande minskar. Otillåtna direktupphandlingar riskerar därför att ha en skadlig effekt på förtroendet för såväl den aktuella myndighetens inköp som för den offentliga upphandlingen i stort.

Avsaknaden av erforderlig annonsering enligt LOU utesluter i och för sig inte att den upphandlande myndigheten konkurrensutsätter en otillåten direktupp-handling på egen hand, exempelvis genom att begära in anbud från utvalda leverantörer. Sådan formlös konkurrensutsättning kan emellertid aldrig likställas med den öppenhet eller likabehandling av leverantörer som säkerställs vid tillämpning av de förfaranderegler som föreskrivs i upphandlingslagarna. Sådan konkurrensutsättning utesluter nämligen att samtliga potentiella anbudsgivare får information om kontraktet och möjlighet att lämna anbud. Vidare riskerar ett sådant agerande att gynna lokala leverantörer eller leverantörer som tidigare tilldelats kontrakt. Sådana ”egenkonstruerade” konkurrensutsättningar har i praxis inte heller betraktats som förmildrande vid fastställandet av den otillåtna direktupphandlingens sanktionsvärde i mål om upphandlingsskadeavgift.

---

[11] Se bl.a. mål C-340/02 *Kommissionen mot Frankrike,* punkt 34, mål C-299/08 *Kommissionen mot Frankrike,* punkt 41.
[12] Se bl.a. skäl (13) i direktiv 2007/66.

Bättre förutsättningar att prioritera allvarliga överträdelser
Upphandlingsskadeavgift utgör fortsatt en effektiv sanktion mot otillåtna direktupphandlingar. Nuvarande längd på ansökningsfristen begränsar emellertid Konkurrensverkets möjligheter att välja lämpliga ärenden som kan bli föremål för ansökningar om upphandlingsskadeavgift och är i många fall även för kort för att ett ärende ska kunna utredas tillräckligt inför ansökan. Ansökningsfristen begränsar därmed effektiviteten i tillsynen och begränsar möjligheterna för Konkurrensverket att fullgöra sitt tillsynsuppdrag. Ansökningsfristen behöver därför förlängas.

En förlängning av ansökningsfristen skulle inte nödvändigtvis innebära att Konkurrensverket lämnar in fler ansökningar om upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket skulle däremot kunna prioritera ärenden utifrån de målsättningar som uppställs av lagstiftaren på ett bättre sätt. En förlängd ansökningsfrist skulle möjliggöra för Konkurrensverket att prioritera bland fler potentiella överträdelser. På så vis skulle prioriteringen resultera i ett bättre urval och verket skulle ges stärkta förutsättningar att bedriva tillsyn som kan stävja korruption. Vidare skulle en förlängd ansökningsfrist innebära att fler överträdelser av principiell karaktär skulle kunna prövas i domstol. Tillsynen skulle på så vis bidra till att driva rättsutvecklingen framåt i större utsträckning än i dagsläget. Tillsynen skulle därmed få större genomslag och effektiviteten i den offentliga upphandlingen skulle öka.

En förlängd ansökningsfrist skulle även möjliggöra att andra typer av källor beaktas i de utredningar som leder fram till ansökan om upphandlingsskadeavgift än vad som i dagsläget står till tillsynsmyndighetens förfogande. I sammanhanget bör särskilt revisionsrapporter och årsredovisningar nämnas, vilka offentliggörs en tid efter utgången av aktuellt räkenskapsår. Sådana handlingar uppmärksammar inte sällan överträdelser av upphandlingslagstiftningen, särskilt vid inslag av korruption.

Den nuvarande ansökningsfristen inverkar alltså på vilka direktupphandlingar som Konkurrensverket kan utreda. Med en längre ansökningsfrist skulle verket få större möjlighet att upptäcka och utreda ärenden som är mer komplexa och omfattande och som är av principiellt intresse. På så vis skulle tillsynen få ett större genomslag och Konkurrensverket skulle i än större utsträckning än i dagsläget kunna bidra till att föra rättsutvecklingen framåt.

Behovet av förbättrade förutsättningar att prioritera mellan potentiella ärenden jämte ytterligare tid för att upptäcka och utreda även mer komplicerade överträdelser måste ställas mot upphandlande myndigheters och enheters intresse av att endast under en begränsad tid leva i ovisshet om en talan om upphandlingsskadeavgift kommer att väckas. Det bör framhållas att en upphandlingsskadeavgift är en sanktion som innebär att juridiska personer ställs till svars för brott mot annonseringsskyldigheten. Sanktionsmöjligheten infördes till följd av

bristande efterlevnad av upphandlingslagstiftningen.[13] Den fakultativa användningen av upphandlingsskadeavgift är dessutom begränsad till otillåtna direktupphandlingar, dvs. den överträdelse av unionsrätten som enligt EU-domstolens praxis är den mest allvarliga på upphandlingsområdet och vars allvar regeringen uppmärksammat.[14]

Upphandlande myndigheter och enheter ska även fortsättningsvis få besked i rimlig tid i frågan om talan om upphandlingsskadeavgift kommer att väckas. En förlängd ansökningsfrist är dock nödvändig för att verket ska kunna förmå myndigheter att följa upphandlingslagstiftningen och därigenom bidra till en effektiv offentlig upphandling. Enligt Konkurrensverket är två år en väl avvägd tid mellan tillsynsmyndighetens behov av tid för utredning och upphandlande myndigheters och enheters intresse av att inte under en längre tid sväva i ovisshet om en talan om upphandlingsskadeavgift kommer att väckas.

Erforderlig tid att utreda
Regeringen har tidigare ansett att Konkurrensverket inte behöver längre tid än ett år för att införskaffa tillräckligt med utredning för att ge in en ansökan om upphandlingsskadeavgift till domstolen (prop. 2009/10:180 del 1 s. 209). En sådan period får även fortsättningsvis anses tillräcklig. Den tid som behövs för att införskaffa tillräcklig utredning respektive utforma ansökan om upphandlingsskadeavgift ska emellertid inte blandas samman med den tid som faktiskt står till Konkurrensverkets förfogande att vidta dessa åtgärder. Det är nämligen endast i undantagsfall som Konkurrensverket får vetskap om upphandlande myndigheters och enheters direktupphandlingar i samband med eller kort tid efter ingåendet av det aktuella avtalet. Information om sådana transaktioner når ofta Konkurrensverket en tid efter ingåendet av det aktuella avtalet.

Många av Konkurrensverkets ärenden förutsätter längre skriftväxling innan det är möjligt att bedöma om det föreligger en otillåten direktupphandling. Detta är särskilt vanligt i ärenden av mer komplex karaktär som förutsätter relativt tidskrävande utredningar. En upphandlande myndighet eller enhet behöver också få rimlig tid på sig att besvara de frågor som Konkurrensverket ställer och ta fram sådana uppgifter som verket efterfrågar under sin utredning. Eftersom det ankommer på Konkurrensverket att åberopa samtliga de omständigheter som ligger till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift samt då myndigheten bär bevisbördan i målet[15] måste den utredning som föregår verkets ansökan vara väl genomarbetad. Det är heller inte lämpligt att tillsynsmyndigheten belastar domstolarna med ärenden som inte är tillräckligt utredda och där det finns en risk för att grundläggande omständigheter behöver utredas ytterligare efter att en ansökan har lämnats in till domstol.

---

[13] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 181 f.
[14] Se bl.a. mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 37 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 187.
[15] Se Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12.

Sammanfattningsvis talar övervägande skäl för att fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende avtal som slutits genom otillåten direktupphandling bör förlängas till två år.

4.3 Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Förslag: Högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift ska höjas från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor.

Skälen för förslaget: När reglerna om upphandlingsskadeavgift infördes uppmärksammade regeringen att avsikten med beloppsintervallet var att upphandlingar till lägre värden proportionellt inte skulle sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande värden.[16] Nuvarande ordning, med en begränsning av upphandlingsskadeavgiftens storlek både i andel av kontraktsvärdet (tio procent) och i ett fast belopp (10 000 000 kronor), innebär i sig att upphandlingar av mer betydande värden aldrig proportionellt kan sanktioneras lika hårt som upphandlingar som uppgår till låga värden. Den nuvarande ordningen innebär att upphandlingar till lägre värden proportionellt sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande belopp i allt för stor utsträckning.

Som exempel på detta kan nämnas att Konkurrensverket har ansökt om avgifter som uppgår till det högsta tillåtna beloppet i kronor (10 000 000), men att yrkandet i de fallen endast har motsvarat tre procent av kontraktsvärdet.

Begränsningen medför att avtal som ingåtts genom otillåtna direktupphandlingar och som uppgår till betydande belopp inte sanktioneras i proportion till överträdelsen. En höjning av det högsta beloppet som kan utgå i upphandlings-skadeavgift från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor skulle öka effektiviteten i tillsynsarbetet, stärka rättsmedlets preventiva verkan och förstärka proportionaliteten i förhållandet mellan hur otillåtna direktupphandlingar av lägre respektive högre värden sanktioneras.

Även en höjning av det högsta beloppet som kan utgå till 20 000 000 kronor skulle innebära att upphandlingar av betydande värden inte kan sanktioneras proportionerligt i förhållande till upphandlingar av lägre värden.[17] Upphandlingsskadeavgiften skulle dock stå i större proportion i förhållande till upphandlingar som uppgår till lägre värden än vad som är fallet i dagsläget. Upphandlingsskadeavgiftens avskräckande verkan skulle öka och dess effektivitet stärkas.

---

[16] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 195 och 197.
[17] Vilket förblir en konsekvens av att upphandlingsskadeavgiften begränsas till ett fast belopp.

Mot denna bakgrund görs bedömningen att det högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift bör höjas från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor.

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

Förslag: Konkurrensverket ska kunna besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift när avtal har fått bestå om myndigheten bedömer att det är fråga om ringa fall eller att det finns synnerliga skäl för eftergift.

Skälen för förslaget: Bestämmelsen i 21 kap. 5 § andra stycket LOU om att någon avgift inte ska beslutas i ringa fall respektive får efterges om det finns synnerliga skäl riktar sig till prövningsorganet, det vill säga allmän förvaltningsdomstol. Konkurrensverket är därför skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift om avtal har fått bestå enligt 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU även om myndigheten efter utredning bedömer att det rör sig om ett ringa fall eller att det finns omständigheter som medger eftergift. Sedan upphandlingsskadeavgiftens införande har Konkurrensverket också ansökt om upphandlingsskadeavgift, trots att myndigheten har ansett att det föreligger ringa fall eller omständigheter som medger eftergift. I dessa mål har domstolarna instämt i Konkurrensverkets bedömning i sanktionsfrågan.[18]

Den nuvarande ordningen är inte tillfredsställande. Tillsynsmyndighetens skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift även vid ringa fall och i eftergiftssituationer tar resurser i anspråk hos såväl domstolarna som Konkurrensverket, resurser som hade kunnat användas mer effektivt. Likaså drabbas upphandlande myndigheter och enheter mot vilka en sådan ansökan riktas. Konkurrensverket bör därför få möjlighet att besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift om myndigheten bedömer att det är fråga om ringa fall eller om det finns omständigheter som medger eftergift. En sådan ordning är förenlig med ändringsdirektivet och innebär att Konkurrensverket inte längre har någon skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift, trots lagakraftvunnen dom om att avtal får bestå, om verkets utredning visar att det rör sig om ringa fall eller en eftergiftssituation.

[18] Se Förvaltningsrätten i Göteborgs domar den 13 juni 2018 i mål nr 4892-18 och den 12 november 2018 i mål nr 6974-18 och 6975-18 samt Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 januari 2019 i mål nr 28845-18.

4.5 Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna?

Bedömning: Det finns för närvarande inte skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift.

Skälen för bedömningen: Upphandlingsskadeavgift kan påföras när det i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterats att avtal får bestå trots att det ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr alternativt på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Vidare kan upphandlingsskadeavgift påföras vid otillåten direktupphandling. Mot bakgrund av de förslag om skärpt lagstiftning som föreslås i denna promemoria görs bedömningen att det för närvarande inte finns skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift. Med hänsyn till de ändringar som föreslås i bestämmelserna om tillsyn över upphandlingslagarna, bör effekten av ny reglering utvärderas innan en utvidgning av området för sanktionsavgifter övervägs.

4.6 Vite

Förslag: Ett föreläggande om att en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna förenas med vite.

Konkurrensverket ska ges 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.

Skälen för förslaget

Vite är ett hot om att betalningsansvar kan uppstå, om någon inte skulle följa ett föreläggande eller förbud. Vite är alltså avsett att styra någons beteende i ett enskilt fall för framtiden. En fördel med vite är också att det utgår vid överträdelse och bara då. Man uppnår därmed en preventiv effekt på ett kostnadseffektivt sätt. Eftersom ett vitesföreläggande kan riktas mot såväl en juridisk som fysisk person och kan utformas efter vad som i det enskilda fallet är lämpligt, är vite den sanktion som på tillsynsområdet tillämpas i störst utsträckning. Möjligheten att förena förelägganden med ett viteshot återfinns i många lagar. Det är vanligen vid informationsinhämtning under tillsyns-förfarandet och vid beslut om ingripande i form av åtgärdsförelägganden som vitet kan komma att användas. Viten handläggs enligt lagen (1985:206) om viten (viteslagen).

Regler om vitesbeloppets storlek finns i viteslagen. Viten ska enligt viteslagen fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om huvudmannens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt är så stort att det kan antas påverka huvudmannen att följa föreläggandet. En utgångspunkt är således att vitesbeloppet ska fastställas till ett belopp som bedöms få avsedd effekt. Vitesbeloppet kan således sättas högt om den felande har god betalningsförmåga.

Frågor om utdömande av vite prövas enligt 6 § viteslagen av förvaltningsrätten som första instans. Vid överklagande till kammarrätten krävs prövningstillstånd. För att ett vitesföreläggande ska kunna verkställas krävs enligt praxis att föreläggandet är så klart och tydligt formulerat att det inte råder någon tvekan om vad adressaten har att iaktta för att efterkomma det.

Tidigare överväganden
I propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet föreslog regeringen att tillsynsmyndigheten skulle ges möjlighet att förelägga dem som är eller kan antas vara upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen (prop. 2009/10:180 del 1 s. 215 f.). Vidare föreslogs att ett föreläggande skulle kunna överklagas hos allmän förvaltningsdomstol och att tillsynsmyndigheten skulle vara motpart i domstol. Regeringen föreslog att sådana mål skulle omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Regeringen ansåg inte att det skulle införas en möjlighet att förena ett föreläggande med vite. Regeringen bedömde visserligen att vite i vissa fall skulle kunna bidra till ökad effektivitet i tillsynen över upphandlingslagstiftningen. Utgångspunkten för tillsynsverksamheten är att den kan leda till att myndigheten upptäcker överträdelser av upphandlingslagarna. Vissa överträdelser kan emellertid leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om upphandlingsskadeavgift. Ansökan om upphandlingsskadeavgift kan även riktas mot privata aktörer som bedriver verksamhet i någon av försörjningssektorerna med stöd av ensamrätt eller särskild rättighet. Sådana aktörer ingår i den krets som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Vid tillsyn enligt LUF kan de uppgifter som tillsynsmyndigheten begär in antas ha betydelse för bedömningen av om det finns grund för upphandlingsskadeavgift. I de fallen ansåg regeringen, med hänvisning till den så kallade passivitetsrätten, dvs. enskilds rätt att inte tvingas inkomma med uppgifter som kan användas mot honom i en sanktionsprocess om offentligrättslig sanktion, att någon möjlighet att vitessanktionera ett föreläggande inte borde införas. Något hinder mot att tillsynsmyndigheten skulle få förelägga privata aktörer som omfattas av LUF vid vite att komma in med uppgifter i andra frågor än sådana som kan leda till upphandlingsskadeavgift ansågs däremot inte finnas. Regeringen gjorde emellertid bedömningen att det skulle vara förenat med betydande tillämplighetssvårigheter för tillsynsmyndigheten att avgöra i vad mån ett föreläggande gäller

inkommande med uppgifter som inte kan leda till upphandlingsskadeavgift och därmed kan förenas med vite eller i vad mån det är fråga om uppgifter som skulle kunna leda till talan om upphandlingsskadeavgift, varpå ett vitessanktionerat föreläggande inte skulle vara tillåtet. Enligt regeringens bedömning övervägde dessa tillämpningssvårigheter de effektivitetsfördelar som följer av en vitessanktion (a. prop. s. 216 f.).

Regeringen uppmärksammade att frågan om passivitetsrätten för privata aktörer som bedriver verksamhet enligt LUF inte har motsvarande relevans beträffande myndigheter som omfattas av LOU. Regleringen i LOU och LUF bör dock vara enhetlig i detta avseende. Regeringen föreslog därför inte att tillsynsmyndigheten i något fall skulle kunna meddela vitessanktionerade förelägganden. Regeringen avsåg emellertid att följa utvecklingen och återkomma i frågan för det fall det skulle visa sig finnas ett sådant behov (a. prop. s. 217).

I sitt yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling uppmärksammade Lagrådet att tillsynsmyndighetens möjligheter att förelägga upphandlande myndigheter och enheter att lämna uppgifter m.m. är tämligen verkningslösa i brist på möjligheten att förena sådant föreläggande med vite. Lagrådet ansåg inte att tidigare förarbetsuttalanden i fråga om hinder mot vitessanktionerade förlägganden mot privata företag som bedriver försörjningsverksamhet enligt LUF (prop. 2009/10:180 del 1 s. 216 f.) var övertygande. Enligt Lagrådet borde frågan om behov av sanktion övervägas på nytt under den fortsatta beredningen.

I propositionen Nytt regelverk om upphandling uttryckte regeringen sin fortsatta avsikt att följa utvecklingen och återkomma i frågan för det fall det skulle visa sig finnas ett behov av vitessanktionerade förelägganden. Regeringen konstaterade att det saknades underlag för att närmare överväga eventuellt behov av sanktionsbestämmelser inom ramen för det aktuella lagstiftningsärendet (prop. 2015/16:195 del 2 s. 862).

Vite vid föreläggande om att lämna uppgifter
Möjligheten att inhämta uppgifter från tillsynsobjekt är ett viktigt redskap vid Konkurrensverkets tillsynsarbete. Inhämtade uppgifter ingår i underlaget för granskningen och senare tillsynsåtgärd. Möjligheten att kräva in uppgifter är således av stor betydelse för att kunna genomföra tillsynen.

Konkurrensverket är i sin tillsynsverksamhet beroende av att kunna få handlingar och upplysningar från offentliga organ. Konkurrensverket har vid upprepade tillfällen haft problem med att upphandlande myndigheter eller enheter inte efterkommit myndighetens begäran om information, detta gäller såväl statliga som kommunala myndigheter och bolag. Det ligger i sakens natur att vissa upphandlande myndigheter och enheter saknar intresse att såväl efterkomma som överklaga osanktionerade förelägganden, särskilt om tillsynsmyndighetens

ansökningsfrist håller på att löpa ut. Möjligheten att förena förelägganden att inkomma med uppgifter med vite skulle öka effektiviteten med förelägganden i upphandlingstillsynen. Konkurrensverket bör därför ges möjlighet att kunna förelägga upphandlande myndigheter eller enheter, eller de som kan antas vara detta, att vid äventyr av vite komma in med sådana uppgifter och handlingar som är nödvändiga för att tillsynen ska kunna bedrivas effektivt.

Enligt ändringsdirektivets beaktandesats 13 samt artikel 1.1 krävs att medlemsstaterna vidtar nödvändiga åtgärder för att garantera att upphandlande myndigheters förfaranden som kan utgöra otillåtna direktupphandlingar kan prövas skyndsamt och effektivt. En möjlighet till vitesföreläggande skulle medföra att EU-rättens krav på Sverige i större utsträckning uppfylls på ett praktiskt, effektivt och proportionerligt sätt.

En sådan möjlighet innebär också att tillsynen över den offentliga upphandlingen motsvarar vad som gäller för Konkurrensverket vid tillämpningen av konkurrenslagstiftningen samt andra myndigheters befogenheter på många olika områden, såsom Socialstyrelsen inom hälso- och sjukvården, Finansinspektionen inom bank-, finans- och försäkringssektorerna och länsstyrelserna på miljöområdet. En möjlighet till att döma ut vite i upphandlingsärenden vid underlåtenhet att komma in med begärda handlingar finns såväl i Finland (80 § lag om offentlig upphandling [2007:348]) som i Danmark (5 och 13 §§ Lov om Klagenævnet for Udbud [lov nr 415 av den 31 maj 2000]).

Det har, som framgått ovan, gjorts gällande att ett föreläggande gentemot vissa privata aktörer som omfattas av LUF vid äventyr av vite i vissa situationer skulle kunna vara tveksamt med hänsyn till skyddet mot självangivelse i EKMR eller rätten till försvar i EU-rätten. Av praxis från Europadomstolen och EU-domstolen följer emellertid att skyldighet med tvång för företag att tillhandahålla skriftlig och muntlig dokumentation är förenligt med skyddet mot självangivelse, så länge företaget därigenom inte tvingas erkänna förekomsten av en lagöverträdelse som det ankommer på tillsynsmyndigheten att bevisa.[19]

En tillsynsmyndighet har följaktligen rätt att vid vite ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om faktiska omständigheter som företaget kan ha kännedom om samt överlämna därtill hörande dokumentation som företaget innehar, även om den utlämnade informationen kan användas i ett senare ärende om lagöverträdelse.[20]

---

[19] Se bl.a. EU-domstolens domar i mål C-407/04P *Dalmine mot kommissionen*, mål C-301/04 *kommissionen mot SGL Carbon*, punkt 34, mål C-374/87 *Orkem mot kommissionen* och Europadomstolens dom *Funke mot Frankrike*, dom den 25 februari 1993, punkt 44.

[20] Ibid. Se även Andersson, Torbjörn och Cameron, Iain, *Rättsutlåtande på uppdrag av Konkurrensverket*, s. 12 f samt Bernitz, Ulf, *Förslag till ny lag om uppgiftsskyldighet rörande marknads- och konkurrensförhållanden – en rapport skriven av Ulf Bernitz på uppdrag av Konkurrensverket*, mars 2009, s. 20.

De handlingar som Konkurrensverket har behov av inom ramen för sin tillsyn är sådana som styrker att ett avtal med ekonomiska villkor avseende vara, tjänst eller byggentreprenad ingåtts av en upphandlande myndighet eller enhet samt att detta avtal skulle ha föregåtts av upphandling enligt bestämmelserna i någon av upphandlingslagarna. Det rör sig således om handlingar av bokförings- och avtalskaraktär för att få utrett det faktiska förloppet och de faktiska omständigheterna i ett enskilt ärende. Det är utifrån dessa handlingar som Konkurrensverket kan få utrett om en upphandling, i objektiv mening, har genomförts samt om avtalet ifråga är av ett sådant slag som medger undantag från upphandlingsreglerna. Utan att ha tillgång till handlingar som visar att en upphandlande myndighet eller enhet ingått ett avtal med ekonomiska villkor med en leverantör begränsas Konkurrensverkets förutsättningar att bidra till regelefterlevnad och effektiva offentliga upphandlingar.

Konkurrensverket ser inte något behov av att vitesförelägga upphandlande myndigheter och enheter att inkomma med vare sig förklaringar till valt förfarande, handlingar till styrkande av att ett undantag från reglerna är tillämpligt eller upplysningar i övrigt av subjektiv natur. Ett vitesföreläggande ska således inte ta sikte på handlingar eller upplysningar som tvingar den upphandlande myndigheten att utveckla sin inställning eller på annat sätt riskera att medge eller erkänna en överträdelse.

Det är sammanfattningsvis en grundläggande förutsättning för tillsynsarbetet att uppgifter eller handlingar kan hämtas in från upphandlingsmarknadens aktörer och läggas till grund för olika beslut och – i framtiden – talan i domstol om upphandlingsskadeavgift. För att inte riskera att de nya rättsmedel som föreslås i promemorian blir verkningslösa, anser Konkurrensverket att det är av avgörande vikt att ett föreläggande om att lämna ut handlingar eller uppgifter kan förenas med vite om det i det enskilda fallet finns behov av det.

Vite vid ingripande
För att främja en effektiv offentlig upphandling och för att uppnå en högre grad av regelefterlevnad är tillsynsverktygen i vissa situationer inte tillräckliga. Att enbart sanktionera ett beteende med tillsynsbeslut är inte nog för att få vissa upphandlande myndigheter eller enheter att faktiskt vidta åtgärder för att upphöra med ett visst förfarande som bryter mot regelverket. Dessa situationer är i många fall på grund av ansökningsfristen för upphandlingsskadeavgift inte heller möjliga att ta till domstol.

För ingripande krävs att möjligheten att skriva ett föreläggande eller ett förbud kan kombineras med ett vite. Att en tillsynsmyndighet har sådana större befogenheter kan förväntas inverka positivt på den framtida regelefterlevnaden. Fördelarna med att i lämplig omfattning använda skarpare verktyg har inte minst visat sig under de snart tio år som reglerna om upphandlingsskadeavgift har varit i kraft.

Genom att kunna utfärda förelägganden och förbud i kombination med vite får tillsynsmyndigheten möjlighet att anpassa sina tillsynsåtgärder och kan därigenom på ett effektivt sätt åtgärda situationer som redan inträffat och även motverka att dessa inträffar igen. Vitesförelägganden och vitesförbud skulle utgöra ett verkningsfullt komplement till reglerna om upphandlingsskadeavgift. Förbudsvite är till skillnad från upphandlingsskadeavgift ett framåtsyftande rättsmedel och har en omedelbar handlingsdirigerande effekt i det enskilda fallet, vilket med största sannolikhet även innebär positiva effekter för upphandlingsreglernas efterlevnad i allmänhet.

Ett vitesföreläggande skulle troligen vara effektivt för att komma tillrätta med till exempel tillsvidareavtal utan slutdatum. En annan situation när ett förbudsvite kan aktualiseras är exempelvis när 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 ifråga eller tillämpar godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på likabehandling och transparens. Det förekommer också att upphandlande myndigheter i upphandlingar tillämpar tidigare antagna policy- eller inriktningsbeslut som står i uppenbar strid med upphandlingslagstiftningen. Vid sådana situationer kan det vara av stor vikt för upphandlingsreglernas efterlevnad och ett reellt genomförande av ändringsdirektivet att Konkurrensverket kan förelägga en upphandlande myndighet eller enhet vid vite att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende.

Vid åligganden som meddelas ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete respektive mot missbruk av dominerande ställning (2 kap. 1 och 7 §§ KL respektive artikel 101 och 102 i FEUF) finns i dag en möjlighet att förena beslutet med vite enligt 6 kap. 1 § samma lag. Det innebär att staten, kommuner och landsting som bedriver näringsverksamhet kan föreläggas vid vite att upphöra med ett visst beteende. Några principiella skäl mot vitessanktionerade förbud mot staten, kommuner och landsting har alltså inte ansetts föreligga på det marknadsrättsliga området (se prop. 2008/09:231 s. 51 och prop. 202/03:50 s. 167).

Vid införandet av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § KL ansågs det inte finnas skäl för en annan ordning i fråga om möjligheten att meddela förbud enligt bestämmelsen. Staten, en kommun eller ett landsting kan därför förbjudas vid vite att tillämpa ett visst förfarande i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket samma lag, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Vidare kan kommuner och landsting förbjudas vid vite att bedriva en viss säljverksamhet i nämnda fall (3 kap. 27 § och 6 kap. 1 § 2 KL).

En fråga som uppkommer i sammanhanget är lämpligheten av att ett vitesföreläggande riktas mot en offentligrättslig juridisk person. Eftersom upphandlingsverksamhet inte är myndighetsutövning utan mer liknar ett agerande på en marknad, bör upphandlande myndigheters inköp betraktas såsom ett privaträttsligt agerande. Detta gäller även för staten när den köper in varor och tjänster genom till exempel sina myndigheter. Ett vite kommer vidare att betalas ur den upphandlande myndighetens budget och inte statskassan, vilket även det talar för att vite kan vara en lämplig åtgärd. Ett exempel på en reglering där vitesföreläggande kan riktas mot offentligrättsliga juridiska personer är reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, där Konkurrensverket som tillsynsmyndighet kan kombinera förelägganden med vite.

Att införa en möjlighet till vitesföreläggande kommer skapa en större bredd i de sanktionsmöjligheter som Konkurrensverket har till sitt förfogande.

Det finns inte anledning att göra någon annan bedömning i fråga om möjligheten att vid vite förbjuda staten, en kommun eller ett landsting som är en upphandlande myndighet eller enhet att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende på det upphandlingsrättsliga området. Ett sådant förbud bör därför kunna förenas med vite.

Sammanfattningsvis föreslås därför att tillsynsmyndigheten ska ges möjlighet att förena eventuella förelägganden eller förbud med vite om det finns behov av det.

4.7 Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption

Förslag: En ny uppgift ska anges i Konkurrensverkets instruktion med innebörd att Konkurrensverket inom ramen för sina tillsynsuppgifter ska uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande.

Skälen för förslaget: Korruption kan försämra konkurrensen genom att effektiva företag utestängs. Omvänt kan ökad konkurrens minska möjligheterna och incitamenten för korruption.[21]

Konkurrensverket har, som framgått ovan, i många sammanhang funnit tecken på korruption eller annat förtroendeskadligt beteende i tillsynsverksamheten. Som ett led i det generella ansvaret för att motverka korruption uppmärksammar verket redan i dag misstänkt korruption samt prioriterar ärenden där det finns misstänkta korrupta inslag.

[21] Se exempelvis OECD, (2014), *Global Forum on Competition: Fighting corruption and promoting competition, Background note* och *Summary of discussion samt* Transparency International, (2016), *Anti-corruption helpdesk: The linkages between corruption and violation of competition laws.*

I de fall det finns misstanke om överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna, kan det finnas skäl för Konkurrensverket att i sin tillsynsverksamhet ta in och beakta uppgifter som visar på att det faktiskt har förekommit korruption. Detta gäller oavsett om det är fråga om mutbrott eller någon annan form av korruption. Först och främst handlar det om att kunna förstå det sammanhang i vilket en misstänkt överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna har skett. Som beskrivs i avsnitt 2.7 ovan kan korruption på flera olika sätt användas som en del av en sådan misstänkt överträdelse.

Vid utredning av överträdelser av konkurrensreglerna använder Konkurrensverket ekonomiska modeller som utgår från att företag agerar rationellt. I en utredning kan det se ut som att företag agerar på ett sätt som inte passar in i dessa modeller, vilket kan försvåra utredningen. Ett sådant agerande skulle dock kunna förklaras med en underliggande korruption som får en eller flera anställda att agera mot företagets intressen. Företaget har därigenom inte agerat som förväntat, varför förekomsten av korruption kan vara relevant att ta in i bedömningen av ärendet.

I de fall Konkurrensverket ser indikationer på korruption, men det inte finns skäl att misstänka en överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna, är det dock inte Konkurrensverkets uppgift att utreda misstanken vidare. Under sådana omständigheter ska Konkurrensverket i stället bistå andra myndigheter med tips i de fall det finns misstanke om brott eller att företag i övrigt har åsidosatt annan lagstiftning. Ökad kunskap om sambandet mellan korruption och konkurrensbegränsningar är således till nytta både för Konkurrensverkets eget tillsynsarbete och för att stödja andra myndigheter, företag och organisationer i deras arbete mot olika former av korruption.

Konkurrensverkets uppgift är att säkerställa efterlevnaden av konkurrens- och upphandlingsreglerna. Utöver lagtillämpningen ligger det i Konkurrensverkets uppdrag att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig och privat verksamhet och mot en effektiv offentlig upphandling.[22] Den nationella upphandlingsstrategin omfattar ett aktivt arbete med att förebygga korruption och jäv i de offentliga inköpen. Ökad kontroll och uppföljning motverkar förtroendeskadligt beteende och bidrar till effektivare användning av offentliga medel. Konkurrensverkets verksamhet är väl lämpad att hantera även denna typ av frågor. Sammanfattningsvis finns det därför goda skäl att i just Konkurrensverkets instruktion tydliggöra att Konkurrensverket inom ramen för sina uppgifter ska uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande. Förslaget syftar till att stärka samhällets motståndskraft mot korruption utan annan regelreformering. Förenklingsutredningen har också i sitt betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44) framfört att annan åtgärd än en regelreformering skulle kunna bestå i att

[22] 4 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

regeringen i Konkurrensverkets instruktion tydliggör att verkets upphandlingstillsyn ska bidra till att motverka korruption i offentlig upphandling.[23]

5 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Förslag: De föreslagna lagändringarna ska träda i kraft den [1 juli 2020]. Äldre bestämmelser ska gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Ändringen i Konkurrensverkets instruktion ska träda i kraft den 1 januari 2020.

Skälen för förslaget: De föreslagna författningsändringarna bör träda i kraft så snart som möjligt, vilket bedöms vara den 1 juli 2020 för lagarna och den 1 januari 2020 för förordningen. Lagändringarna ska enbart gälla upphandlingar som påbörjats efter lagens ikraftträdande. De nya regleringarna kan således inte tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Av HFD 2013 ref. 31 framgår att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfaller med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Av EU-domstolens dom Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten eller enheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Detta gäller även avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling, dvs. utan erforderlig annonsering enligt någon av upphandlingslagarna. De föreslagna reglerna omfattar därmed inte otillåtna direktupphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Vid förfaranden i flera steg inträffar påbörjandetidpunkten vid det inledande steget som påbörjar upphandlingen. Vid ramavtal inträffar denna tidpunkt då förfarandet för att ingå ramavtalet inleds. Således kommer äldre bestämmelser att tillämpas på exempelvis förnyade konkurrensutsättningar enligt sådana ramavtal där förfarandet för att ingå ramavtalet påbörjades före ikraftträdandet av de nya lagarna.

[23] SOU 2018:44 s. 254.

6 Konsekvensanalys

6.1 Vilka berörs av förslagen?

Förslagen syftar först och främst till en effektivisering av tillsynen och tydligare ramar för en rättssäker tillsyn. Förslagen utgör underlag till ny lagstiftning och berör därför samtliga parter inom offentlig upphandling i egenskap av upphandlande myndigheter och enheter (statliga myndigheter, kommuner och landsting) eller leverantörer (näringslivet, inkl. den sociala ekonomin) i olika utsträckning. Kommuner[24] samt kommunala bolag står för en mycket stor andel av den offentliga upphandlingen. År 2017 uppgick andelen till 69 procent.[25] Inget av förslagen påverkar den kommunala självstyrelsen i en inskränkande mening. Tvärtom leder förslagen till ökad öppenhet och tydlighet för vilka tillsynsåtgärder som kan komma att påverka verksamheten om regelverken för upphandling inte följs. Förslagen påverkar inte kommuner och landsting, att utifrån sina förutsättningar, genomföra goda affärer inom lagens ramar.

6.2 Vilka kostnadsmässiga och andra konsekvenser medför förslagen?

För staten kan förslagen om föreläggande vid vite och föreläggande om åtgärd och förbudsbeslut eventuellt leda till en utgift. Denna bör dock bli måttlig och främst bestå i att förvaltningsdomstolarna får nya ärendetyper och ett ökat ärendeinflöde i form av vitesansökningar och en eventuell högre överklagande-frekvens av Konkurrensverkets tillsynsbeslut. I dagsläget har endast ett fåtal av Konkurrensverkets tillsynsbeslut överklagats.

Det är dock inte möjligt att göra några exakta beräkningar av hur många ärenden som kan tillkomma och därför inte heller möjligt att beräkna kostnaderna exakt. Konkurrensverket har resurser att fatta cirka 20 beslut i nu aktuella ärenden per år. Utgången av ärendena, föreläggande eller förbud, beror på den enskilda överträdelsen av upphandlingsreglerna och frågans art. Endast en marginell kostnadsökning på grund av ny ärendetyp kan därför uppstå hos förvaltnings-domstolarna. I förslaget ingår dock även att tillsynsmyndigheten ska kunna avstå från att ansöka om obligatorisk upphandlingsskadeavgift där myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller det finns grund för eftergift, vilket innebär något färre antal mål i förvaltningsrätterna. Detta talar för att kostnaderna för de olika ärendetyperna tar ut varandra. Kostnaden för processen hos tillsynsmyndigheten kommer väsentligen vara densamma eftersom samma utredningsåtgärder kommer att vidtas. Det är endast den avslutande delen med en ansökan och skriftväxling i förvaltningsdomstol som i stället ersätts med ett beslut. För förvaltningsdomstolarna utgör förslaget en kostnadsbesparing då

[24] Av alla upphandlingar som annonserades under 2017 annonserades 47 procent av kommuner. Med kommuner avses även kommunala förbund och kommunala organ, till exempel stadsdelsförvaltningar. Näst flest upphandlingar annonserades av kommunala bolag, som stod för 22 procent av upphandlingarna som annonserades.
[25] Statistik om offentlig upphandling 2018, Konkurrensverkets rapport 2018:9 s. 59.

dessa förväntas få färre obligatoriska upphandlingsskadeavgifter att ta ställning till.

För den upphandlande myndigheten eller enheten skulle förslaget om avstående från ansökan vid ringa fall vara kostnadsbesparande. Detta innebär i praktiken ingen egentlig kostnad om domstolen röjer beslutet. Förutom att eventuellt behöva betala upphandlingsskadeavgift om 10 000 kronor har naturligtvis även myndigheten kostnader för själva domstolsprocessen.

Förslaget om att höja högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift kan medföra ökade kostnader för enskilda upphandlande myndigheter eller enheter som gjort otillåtna direktupphandlingar.

Förslaget om förlängd ansökningsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift ger konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter i så måtto att de under en längre tid än i dag behöver leva i ovisshet om sådan talan kommer att väckas. I förlängningen kan det också innebära en kostnad för process och upphandlingsskadeavgift som inte skulle ha kunnat påföras med en kortare ansökningsfrist. Förslaget kan leda till att andra upphandlande myndigheter eller enheter utreds av tillsynsmyndigheten än vad som skulle vara fallet med nuvarande reglering. Antalet upphandlande myndigheter och enheter som utreds eller blir föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift kommer dock att vara väsentligen densamma.

Sammanfattningsvis bedöms förslagen inte leda till kostnadsökningar som inte kan hanteras inom befintliga ramar. På ett mer övergripande plan bedöms förslagen på sikt leda till en mer effektiv offentlig upphandling vilket ökar samhällsnyttan och användandet av offentliga resurser.

7 Författningskommentar LOU

Författningskommentarerna till LUF, LUK, LUFS, lagen om valfrihetssystem och lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering motsvarar i väsentliga delar författningskommentaren till LOU.

7.1 21 kap. Upphandlingsskadeavgift

2 a § Upphandlingsskadeavgift enligt 1 § får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande eller förbud enligt 22 kap. 5 § som har meddelats vid vite enligt denna lag.

Paragrafen är ny och ger uttryck för principen om att dubbla påföljder inte ska kunna aktualiseras för ett och samma agerande hos den upphandlande myndigheten (principen om ne bis in idem). Om tillsynsmyndigheten har förelagt den upphandlande myndigheten att företa eller avstå från ett agerande vid vite ska upphandlingsskadeavgift således inte kunna påföras myndigheten. Förslaget behandlas i avsnitt 3.1.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 20.000.000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

Paragrafen anger det lägsta och högsta belopp som upphandlingsskadeavgift kan fastställas till. Bestämmelsen har ändrats så att det högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift höjs från tio miljoner kronor till tjugo miljoner kronor. Förslaget behandlas i avsnitt 3.3.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tillsynsmyndigheten får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 och 2 om myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller att det finns synnerliga skäl enligt andra stycket.

Paragrafen reglerar sanktionsvärdet av en överträdelse vid fastställande av upphandlingsskadeavgift. *Tredje stycket* är nytt och innebär att tillsynsmyndigheten inte har någon skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift, trots lagakraftvunnen dom om att avtal får bestå, om myndighetens utredning visar att det rör sig om ringa fall eller en eftergiftssituation. Myndigheten ska då besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Förslaget behandlas i avsnitt 4.4.

Tidsfrister för ansökan om avgift

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får

ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom två år från det att avtalet slöts.

Paragrafen reglerar inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska väcka talan om upphandlingsskadeavgift med anledning av otillåten direktupphandling. Bestämmelsen i paragrafens *andra stycke* har ändrats såtillvida att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom två år från avtalstidpunkten i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §. Ändringen innebär således en förlängning av tidigare frist om ett år. Förslaget behandlas i avsnitt 3.2.

7.2 22 kap. Tillsyn

1 § Den myndighet som regeringen bestämmer ska ha tillsyn över att denna lag följs.

Paragrafen har ändrats endast redaktionellt.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten.

Paragrafen har ändrats endast redaktionellt.

3 § En upphandlande myndighet är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

Paragrafen har ändrats endast redaktionellt.

4 § Tillsynsmyndigheten får meddela de förelägganden och förbud som behövs för att denna lag ska följas.

Paragrafen reglerar tillsynsmyndighetens möjligheter att meddela förelägganden och förbud. Myndighetens befogenhet utvidgas från att enbart kunna förelägga upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handling till att kunna meddela de förelägganden och förbud som behövs för att lagen ska följas. Ett föreläggande syftar till att upphandlande myndighet ska företa en viss åtgärd medan ett förbud innebär att den som beslutet riktar sig till ska avstå från att utföra en viss åtgärd. Förelägganden och förbud ska alltid vara proportionerliga och syfta till att ingripa mot ett beteende som är felaktigt utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv.

Enligt förslaget kan tillsynsmyndighetens förelägganden och förbud överklagas till allmän förvaltningsdomstol (se 22 kap. 7 §). För att undvika dubbla processer bör förelägganden och förbud inte meddelas under den tid samma fråga kan bli föremål för prövning i allmän förvaltningsdomstol genom ansökan om överprövning av en upphandling eller giltigheten av avtal efter ansökan från en leverantör enligt 20 kap. 4 §. Tillsynsmyndigheten bör därför inte meddela förelägganden eller förbud avseende en upphandling innan tidsfristerna för ansökan om överprövning av upphandlingen i 20 kap. 11 och 12 §§ har löpt ut och ingen leverantör har ansökt om överprövning inom de tidsfrister som anges. Likaså bör tillsynsmyndigheten inte meddela föreläggande eller förbud som rör grunderna för ogiltighet i 20 kap. 13 § innan tidsfristen för ansökan om överprövning av avtals giltighet i 20 kap. 17 § har löpt ut och ingen leverantör har ansökt om överprövning inom de tidsfrister som anges. Därigenom undviks till exempel att tillsynsmyndigheten förbjuder en leverantör att tillämpa ett visst avtal, vars giltighet därefter blir föremål för ansökan om överprövning från en leverantör. Förslaget behandlas i avsnitt 3.1.

5 § Beslut om föreläggande eller förbud får förenas med vite.

Paragrafen är ny och innebär att tillsynsmyndigheten får förena beslut om föreläggande eller förbud med vite. Förslaget behandlas i avsnitt 3.6.

5 a § Förelägganden och förbud enligt 4 § får inte avse åtgärder som omfattas av ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 §.

Paragrafen är ny och ger uttryck för principen om att dubbla påföljder inte ska kunna aktualiseras för ett och samma agerande hos den upphandlande myndigheten (principen om ne bis in idem). Om tillsynsmyndigheten har ansökt om upphandlingsskadeavgift avseende en viss åtgärd ska myndigheten inte vid vite kunna förelägga den upphandlande myndigheten avseende samma åtgärd. I fråga om otillåten direktupphandling, för vilken ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 7 § inte har löpt ut, innebär de föreslagna ändringarna att tillsynsmyndigheten ges möjlighet att välja mellan att fatta ett beslut om förbud eller förläggande avseende sådant avtal eller att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3. Förslaget behandlas i avsnitt 3.1.

6 § Tillsynsmyndigheten får bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud enligt denna lag ska gälla omedelbart.

Paragrafen är ny och ger tillsynsmyndigheten en möjlighet att bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud ska gälla omedelbart. Om myndigheten inte beslutar något om verkställbarheten gäller beslutet först när det vunnit laga kraft. Förslaget behandlas i avsnitt 3.1.

7 § Tillsynsmyndighetens beslut om föreläggande eller förbud får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet eller förbudet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen ersätter delvis tidigare bestämmelser om överklagande vid föreläggande att inkomma med uppgifter. Överklagandemöjligheten utvidgas till att även omfatta de beslut om föreläggande eller förbud som tillsynsmyndigheten meddelar.

7.3 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den [1 juli 2020].
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* framgår när de föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft. Av *andra punkten* framgår avgränsningen mellan tillämpningen av nuvarande och de nya föreslagna bestämmelserna.

Tidpunkten när en upphandling har påbörjats sammanfaller med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning (HFD 2013 ref. 31). Detta gäller även upphandlingar som avslutas genom ingående av avtal som utgör en otillåten direktupphandling. De föreslagna reglerna omfattar därmed inte otillåtna direktupphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Detta innebär bland annat att äldre bestämmelser ska tillämpas på avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling, vilken har påbörjats före ikraftträdandet, även om avtal ingås efter ikraftträdandet. Förslaget behandlas i avsnitt 5.