

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Yttrande över Ds 2022:5 En effektivare upphandlings- tillsyn

Ert dnr Fi2022/00967

Förvaltningsrätten har, utifrån de utgångspunkter som domstolen har att beakta, följande synpunkter på förslagen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den ändrade beslutsordningen avseende upphandlingsskadeavgift innebär att tillsynsmyndigheten, i de fall som myndigheten anser att ett otillåtet inköp skett utan föregående annonsering, som första instans ska både utreda och sedan fatta beslut om avgift utan att någon domstolskontroll rörande inköpets tillåtlighet skett dessförinnan. Förvaltningsrätten saknar i utredningens överväganden avseende om en föreslagen ny beslutsordning bör införas en analys beträffande nämnda aspekt.

Vid genomförandet av föreslagen reform bör enligt förvaltningsrätten övervägas om det inte också krävs att tillsynsmyndigheten för att vara transparent i sitt beslutsfattande och för att stärka likformigheten i detsamma anger på vilket sätt man bestämmer sanktionsavgiften. I detta hänseende kan nämnas att såvitt avser den konkurrensskadeavgift som tillsynsmyndigheten kan påföra enligt konkurrenslagen (2008:579) har Konkurrensverket, just för att öka förutsebarheten, utfärdat ett ställningstagande (dnr 21/2021) som tydliggör hur Konkurrensverket tolkar och tillämpar regler om

konkurrensskadeavgift. Förvaltningsrätten anser att något motsvarande ställningstagande med fördel bör tas fram av tillsynsmyndigheten innan en ändrad beslutsordning för upphandlingsskadeavgift genomförs.

I utredningen föreslås att tillsynsmyndigheten ska ges möjlighet att för sin tillsynsverksamhet inhämta nödvändiga upplysningar från leverantörer. Vidare föreslås att leverantörerna i fråga ska vara skyldiga att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn och att sådan begäran ska kunna ges formen av ett föreläggande vid vite som gäller omedelbart. Förelägganden mot leverantörer ska enligt utredningen kunna överklagas till förvaltningsdomstol. Vad avser denna föreslagna utvidgning av tillsynsmyndighetens utredningsmöjligheter kan följande sägas.

Som ovan anges är föreslagen grund för att vid vite begära upplysningar från en leverantör att dessa är *nödvändiga* för tillsynsverksamheten. Det kan konstateras att begreppet *nödvändiga*, även med en rätt till domstolskontroll efter överklagande, ger utrymme för en omfattande rätt att med tvångsmedel inhämta upplysningar av olika slag från marknadsaktörer som inte själva är upphandlande myndigheter eller enheter och därför inte lyder under någon av upphandlingslagarna. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att utredningen inte fört något resonemang avseende vad som motiverar en sådan extensiv upplysningsplikt även med beaktande av leverantörernas intressen exempelvis utifrån att ett överlämnande av upplysningarna kan medföra en affärsmässig skada för leverantören, att upplysningarna kan omfattas av advokatsekretess (jfr 5 kap. 11 § konkurrenslagen) eller att det att ta fram upplysningarna i vissa fall kan vara onödigt betungande för leverantören (jfr 5 kap. 13 § konkurrenslagen).

För att även ta tillvara leverantörernas intresse i detta sammanhang kan övervägas att i föreslagen reglering lägga till att en leverantör är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn *om det skäligen kan begäras* (se bl.a. föreslagen bestämmelse i 21 kap. 3 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling). Ett sådant generellt tillkommande

rekvisit bör kunna ge utrymme för en proportionerlig avvägning mellan tillsynsmyndighetens behov av utredningsunderlag och den eventuella risk/börda en sådan begäran kan innebära för leverantören.

Förvaltningsrätten uppfattar vidare att föreslagen upplysningsplikt för leverantörer omfattar även utländska bolag. Det bör därför klargöras på vilket sätt en sådan myndighetsutövning med tillhörande tvångsåtgärder för bevisinhämtning är tänkt att genomföras då leverantören har säte inom EU/EES eller tredje land.

Förvaltningsrätten noterar att det i utredningen (s. 74) anges att Konkurrensverkets förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. I föreslagen lagtext (se bl.a. 21 kap. 15 § lagen om offentlig upphandling) har emellertid angetts att beslut får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndighet eller enhet som beslutet riktar sig till har sin hemvist. Förvaltningsrätten ställer sig frågande till om någon av dessa varianter är lämpliga utifrån att tillsynsmyndighetens utvidgade utredningsmöjlighet medför att leverantörer också ska kunna vara föremål för förelägganden att lämna upplysningar och överklaga dessa. I de fall som föreläggande riktats mot en leverantör kan inte forumregeln i föreslagen lydelse tillämpas. Om forumet istället styrs av leverantörens hemvist förutser förvaltningsrätten att detta blir svårtillämpbart då leverantören har sitt säte utomlands. Det är också lämpligt att överklaganden från både en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör som förelagts att inkomma med upplysningar i samma ärende vid tillsynsmyndigheten hanteras av en och samma förvaltningsrätt. Förvaltningsrätten föreslår därför att forumet i de fall som leverantör överklagar beslut av tillsynsmyndigheten istället bestäms till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndighet eller enhet som tillsynsmyndighetens utredning avser har sin hemvist.

Vad gäller förslagets konsekvenser delar förvaltningsrätten inte utredningens bedömning att de mål som överklagas till allmän förvaltningsdomstol torde

vara mindre resurskrävande än en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Förslaget innebär bland annat ett väsentligt utökat tillämpningsområde, som i vart fall vad gäller den utvidgade utredningsskyldigheten i förhållande till leverantörer kan förväntas medföra ett ökat antal mål av brådskande karaktär i de fall förelägganden från tillsynsmyndigheten gäller omedelbart, till skillnad från målen om upphandlingsskadeavgift som inte har en sådan karaktär. Ett visst behov av ökade resurser föreligger således för att på ett tillfredsställande sätt kunna hantera en tänkt måltillströmning av aktuellt slag.

I övriga delar har inte förvaltningsrätten några synpunkter.

Detta yttrande har beslutats av rådmannen Tomas Kjellgren. I handläggningen har föredragande juristen Stefka Bokmark deltagit.

Tomas Kjellgren