

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

Finansdepartementet  
fi.remissvar@regeringskansliet.se

# En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5)

Upphandlingsmyndigheten har getts möjlighet att lämna ett yttrande över promemorian *En effektivare upphandlingstillsyn* (Ds 2022:5).

Upphandlingsmyndigheten har det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter. Myndigheten ger även vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner. Myndigheten är också statistikmyndighet på upphandlingsområdet enligt 3 § lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

## 1. Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker de flesta av förslagen i promemorian. Det gäller förslagen att Konkurrensverket ska få besluta om upphandlingsskadeavgift i första instans, att förena dokumentationsskyldigheten med en tidsfrist på 30 dagar, att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs, att Konkurrensverket ges möjlighet att besluta om förelägganden att införa riktlinjer för direktupphandling samt att förelägganden ska kunna förenas med vite. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker även att Konkurrensverket ska få möjlighet att besluta om upphandlingsskadeavgift i fler situationer, men framhåller att det är de formella överträdelserna av upphandlingslagstiftningen som sanktioneras på detta sätt och att det i vissa situationer kan vara svårt att avgöra om den upphandlande organisationen har fullgjort sina åligganden. Vidare tillstyrker Upphandlingsmyndigheten att taket för upphandlingsskadeavgiften höjs till 20 000 000 kr och betonar vikten av att avgiften i enskilda fall är proportionerlig till överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.

Upphandlingsmyndigheten avstyrker den föreslagna möjligheten för Konkurrensverket att rikta utredningsförelägganden mot leverantörer. Detta då denna möjlighet framstår som alltför vid och långtgående och då sådana förelägganden inte

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

heller kan överklagas av leverantören. Upphandlingsmyndigheten avstyrker även att förelägganden ska kunna gälla omedelbart, i synnerhet om de ska kunna riktas mot leverantörer.

Upphandlingsmyndigheten delar bedömningen att det inte bör införas en möjlighet att förelägga om att följa upphandlingslagstiftningen och har inga invändningar mot förslaget att samla de bestämmelser som rör tillsynsmyndigheten i ett kapitel.

## **2. Upphandlingsmyndighetens huvudsakliga synpunkter på betänkandet**

### **2.1 Beslut om upphandlingsskadeavgift i första instans (avsnitt 4.1.1)**

I promemorian föreslås att Konkurrensverket ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift i första instans (s. 53).

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget. Inom många andra områden har det överlåtits till den myndighet som innehar ett tillsynsuppdrag att ålägga avgiftsskyldighet. Upphandlingsmyndigheten delar bedömningen i promemorian att det nu finns skäl att införa motsvarande ordning i upphandlingssammanhang. Möjligheten för Konkurrensverket att föra talan om upphandlingsskadeavgift har idag funnits i över tio år och det finns därför såväl väl etablerade rutiner hos Konkurrensverket och en relativt omfattande rättspraxis till ledning för handläggningen av dessa ärenden. Ordningen kan dessutom medföra effektivitetsvinster, i vart fall hos förvaltningsdomstolarna, eftersom det kan antas att tyngdpunkten i förfarandet kommer att förskjutas till handläggningen hos Konkurrensverket. Rättssäkerheten upprätthålls bland annat genom att en upphandlande organisation som åläggs en upphandlingsskadeavgift kan överklaga beslutet till domstol.

### **2.2 Tidsfrist för dokumentationsskyldigheten (avsnitt 4.2)**

I promemorian föreslås att den befintliga dokumentationsskyldigheten i upphandlingslagarna ska fullgöras senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget. Den nuvarande ordningen torde innebära att den upphandlande organisationen kan fullgöra sina skyldigheter inom en oinskränkt tidsrymd, vilket knappast är förenligt med de skäl som underbygger dokumentationsskyldigheten som sådan. En tidsfrist som är enhetlig med den frist som gäller för efterannonsering framstår såsom framhålls i promemorian som lämplig. Detta inte minst då det underlättar för de upphandlande organisationerna att säkerställa tillförlitliga interna rutiner för dokumentation av genomförandet av enskilda upphandlingar. Det bör dock framhållas att det i enskilda fall möjligen kan vara svårt att avgöra hur denna tidsfrist bör beräknas. Detta främst eftersom direktupphandlingar kan genomföras på en mängd olika sätt som innebär att de olika momenten skiljer sig från vad som gäller vid annonserad upphandling.

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

### 2.3 Upphandlingsskadeavgift i fler situationer (avsnitt 4.3)

I promemorian föreslås att tillsynsmyndigheten även ska få besluta om upphandlingsskadeavgift i ett antal uppräknade situationer. Det gäller när den upphandlande organisationen inte har följt bestämmelserna om efterannonsering, publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas, dokumentationsplikt, individuella rapporter och protokoll samt motiverings-skyldighet.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget vad gäller efterannonsering och publicering av annonser. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker även förslaget i övriga delar på de förutsättningar som anges nedan.

Upphandlingsmyndigheten noterar att det av författningsförslagets avfattning följer att upphandlingsskadeavgiften i dessa fall endast ska vara en sanktion när de upphandlande organisationerna inte har fullgjort sina formella skyldigheter enligt upphandlingslagstiftningen. Upphandlingsmyndigheten anser att det utgör en lämplig avgränsning att det som sanktioneras är dokumentationsskyldigheten i sig, inte de bakomliggande materiella bedömningarna och rättsliga ställningstaganden som framgår av dessa dokumentationer, rapporter, protokoll och motiveringar. Exempelvis bör en upphandlande myndighets tillämpning i en enskild upphandling av bestämmelserna om förkastande av onormalt låga anbud – vilket är en av de uppgifter som ska framgå av en individuell rapport (se 12 kap. 16 § första stycket punkten 1) – även fortsättningsvis sanktioneras på andra sätt än genom tillsynsmyndighetens prövning av om den upphandlande myndigheten har fullgjort sina åliggande enligt bestämmelserna om individuella rapporter. Den materiella tillämpningen av förfarandereglererna i upphandlingslagstiftningen är i stället sanktionerad genom leverantörernas möjlighet till överprövning och skadestånd samt Konkurrensverkets befogenhet att fatta tillsynsbeslut. Om Konkurrensverkets befogenheter även hade omfattat den materiella prövningen av dessa dokument med mera hade det de facto inneburit en närmast obegränsad rätt att ingripa mot upphandlingsfel. Det kan vara lämpligt att i författningskommentarer förtydliga att befogenheterna begränsats till dessa formella skyldigheter.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att i de situationer upphandlingsskadeavgiften enligt förslaget riktar sig mot utebliven annonsering i registrerad annonsdatabas, utebliven efterannonsering samt vid upprättande av individuella rapporter och protokoll kan risken att påföras en sådan sanktion understryka vikten av att de upphandlande organisationerna faktiskt fullgör sina formella skyldigheter. Detta särskilt som överprövningsinstitutet inte tjänar som påtryckning vad gäller dessa åligganden. Vad gäller efterannonsering av upphandlingar saknas idag efterannonser för ca 40 procent av alla upphandlingar. Detta påverkar i sin tur den nationella upphandlingsstatistiken, som är ett viktigt faktaunderlag för utvecklingen av den offentliga upphandlingen.

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

Vad gäller dokumentationsplikten och motiveringsskyldigheten är de upphandlande organisationernas skyldigheter inte närmare reglerade i författning eller föreskrift med följd att det är mer oklart vad som faktiskt förväntas av den upphandlande organisationen för att skyldigheterna ska vara uppfyllda. Detta gäller i synnerhet i fråga om motiveringsskyldigheten, där både de faktiska förhållandena och den upphandlande organisationens skäl till att inte ha delat upp upphandlingen i delar medför att motiveringen uppvisar en mycket stor variation. Mot denna bakgrund kan det vara mycket svårt att utifrån en formell synvinkel avgöra om motiverings-skyldigheten i enskilda fall är uppfylld eller inte.

Upphandlingsmyndigheten noterar avslutningsvis att den föreslagna möjligheten att föra talan om upphandlingsskadeavgift i fall där den upphandlande organisationen inte har fullgjort sina skyldigheter om publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas har den rättsliga utgångspunkten att varje sådan överträdelse inte är att betrakta som en otillåten direktupphandling. En annonsering som skett på annat sätt än i en registrerad databas utgör alltså i sig inte en (otillåten) direktupphandling. Otillåtna direktupphandlingar är redan idag sanktionerade genom möjligheten för Konkurrensverket att föra talan om upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsmyndigheten välkomnar detta klagande och anser att detta förhållande bör komma till tydligare uttryck i författnings-kommentaren till denna bestämmelse.

#### **2.4 Avgiftens tak (avsnitt 4.4)**

I promemorian föreslås att det högsta belopp som kan påföras i upphandlingsskadeavgift ska höjas till 20 000 000 kronor (s. 64).

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget.

Otillåtna direktupphandlingar har av såväl unionslagstiftaren som av regeringen ansetts vara en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Dessa överträdelser kan därför motivera högre upphandlingsskadeavgifter. Taket har dock medfört att otillåtna direktupphandlingar med stora värden proportionellt getts en lägre sanktion, trots att de som utgångspunkt borde vara särskilt skadliga för konkurrensen. Ett högre tak framstår därför som lämpligt.

De situationer som i promemorian nu föreslås kunna medföra upphandlingsskadeavgift är däremot inte av sådan allvarlig art. Det får därför förutsättas att upphandlingsskadeavgiftens storlek i dessa situationer bestäms till betydligt lägre nivåer. Upphandlingsmyndigheten vill därför framhålla vikten av att upphandlingsskadeavgiften står i proportion till den skada som en överträdelse av upphandlingslagstiftningen har vållat i det enskilda fallet.

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

## 2.5 Tidsfrist för beslut om upphandlingsskadeavgift (avsnitt 4.5)

I promemorian föreslås att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift ska vara två år i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet eller av ett beslut att avbryta upphandlingen (s. 65).

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget. Upphandlingsmyndigheten får återigen erinra om att otillåtna direktupphandlingar anses vara en särskild allvarlig överträdelse. Det är därför viktigt att dessa överträdelser kan beivras. En förlängd tidsfrist för att ansöka om upphandlingsskadeavgift innebär inte bara att Konkurrensverket ges bättre förutsättningar för gedigna utredningar och beslut utan även att myndigheten i sin tillsyn kan arbeta med systematiskt och tematiskt, genom att till exempel under vissa perioder fokusera på en viss typ av överträdelse. Även en möjlighet att besluta om upphandlingsskadeavgift i första instans kan innebära ännu högre krav på utredning och kommunikering, med följd att handläggningen drar ut på tiden.

## 2.6 Föreläggande om att införa riktlinjer för direktupphandling och samhällsintressen (avsnitt 4.6.1)

I promemorian föreslås att Konkurrensverket ska kunna förelägga en upphandlande organisation att besluta riktlinjer för direktupphandling (s. 71). Möjligheten bör enligt övervägandena i promemorian även kunna avse riktlinjer för att beakta samhällsintressen i upphandlingar, om detta förslag genomföres (s. 73).

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att en möjlighet att förelägga upphandlande organisationer att införa riktlinjer understryker vikten av att sådana riktlinjer faktiskt införs. Ur principiell synvinkel är det därtill otillfredsställande med lagkrav som inte är sanktionerade. Det bör dock framhållas att det inte är självklart vad som utgör sådana riktlinjer och än mindre vad de bör innehålla. Om en upphandlande organisation har infört riktlinjer eller inte kan därmed i enskilda fall vara svårt att avgöra. Det är till exempel inte självklart att dessa riktlinjer måste existera fristående från andra styrdokument som rör organisationens inköpsverksamhet: riktlinjerna kan till exempel utgöra en del av en bredare upphandlingspolicy eller vara uppdelade mellan flera olika styrdokument. Innehållet i dessa riktlinjer kan också skilja sig åt mellan olika verksamheter inom samma upphandlande organisation.

Upphandlingsmyndigheten vill även understryka vikten av att de aktuella riktlinjerna är utformade utifrån den upphandlande organisationens behov och kompletterar organisationens övriga styrdokument som rör såväl upphandling som andra aspekter. Detta blir ännu viktigare vad gäller riktlinjer för beaktande av samhällsintresse, där olikheterna i de upphandlande organisationernas inköpsverksamheter ifråga om volymer, behov och organisation måste beaktas vid utarbetandet av riktlinjerna.

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

De förelägganden som Konkurrensverket föreslås få möjlighet att rikta mot upphandlande organisationer kan knappast vara mer detaljerade eller långtgående än de krav som följer på dessa riktlinjer enligt gällande författningar: med nuvarande avfattning är Konkurrensverket därmed förhindrad att i föreläggandet ange att riktlinjerna ska ha visst innehåll för att den upphandlande organisationen ska anses ha efterkommit föreläggandet. Såsom noteras i promemorian finns heller inget uttryckligt krav på att den upphandlande organisationen faktiskt följer sina egna riktlinjer i enskilda upphandlingar. Även i samband med detta förslag bör det därför påpekas att den föreslagna tillsynsbefogenheten därmed endast avser det formella införandet av de aktuella riktlinjerna – inte deras innehåll eller tillämpning.

Sammanfattningsvis framstår det som att föreläggande att anta riktlinjer närmast är ägnat att användas i situationer där upphandlande organisationer mer uppenbart vägrar efterkomma lagstiftarens krav på antagande av riktlinjer.

## **2.7 Utredningsförelägganden mot leverantörer (avsnitt 4.6.2)**

I promemorian föreslås att Konkurrensverkets förelägganden om att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna riktas även mot leverantörer.

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget av följande skäl.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar för det första att författningsförslaget är kopplat till termen "leverantör". Med leverantör avses enligt 2 kap. 16 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Med leverantör avses också grupper av leverantörer. Termen avser alla som hypotetiskt kan tänkas lämna anbud i upphandlingar, oavsett om de är privaträttsliga eller offentlig-rättsliga subjekt och oavsett om dessa är hemmahörande i Sverige eller utomlands. De behöver heller inte rent faktiskt ha lämnat anbud i en upphandling som genomförs av en svensk upphandlande organisation för att tillämpning av den föreslagna befogenheten ska kunna aktualiseras. Begreppet "leverantör" kan därmed i princip omfatta världens samtliga företag eller grupper av företag och oavsett enligt vilken rättsordning de är bildade. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör mot denna bakgrund den lagtekniska kopplingen till begreppet "leverantör" under alla omständigheter ersättas med en definition som på lämpligt sätt snävar in tillämpningsområdet, till exempel till de leverantörer som tilldelats kontrakt eller ramavtal i en offentlig upphandling.

För det andra är den föreslagna befogenheten enligt författningsförslagets lydelse utformad som en synnerligen vidsträckt möjlighet att begära in upplysningar. Lagtexten ger närmast intrycket av att ge Konkurrensverket obegränsad befogenhet att kräva in vilka typer av dokument eller uppgifter som helst från vilka företag som helst och oavsett var i världen de är hemmahörande. Det kan även tilläggas att möjligheten enligt den föreslagna utformningen gäller oavsett vilka regler om till exempel sekretess eller bevarande av företagshemligheter som gäller i deras etableringsländer. Här kan

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

till exempel situationer uppstå där en leverantör hemmahörande i en annan stat är förhindrad att lämna ut information till Konkurrensverket på grund av nationell lagstiftning. Det anges i och för sig att uppgifterna ska vara nödvändiga för tillsynsverksamheten, men den begränsningen framstår som helt otillräcklig.

Det bör för det tredje framhållas att de leverantörer som omfattas av skyldigheten inte själva är misstänkta för en överträdelse av upphandlingslagstiftningen eller något brott, överträdelse eller otillbörligt beteende. Av promemorian framgår att skyldigheten även ska kunna riktas mot till exempel tidigare leverantörer, det vill säga företag som kanske inte alls har något intresse av den upphandling som tillsynsärendet gäller (s. 74). Vidare ger promemorian intrycket av att ett föreläggande inte bara ska kunna avse utlämnande av rena sakuppgifter eller handlingar, utan att dessa företag även ska kunna förpliktas att bidra med vad som närmast kan beskrivas som tekniska och liknande utredningar. Mot denna bakgrund framstår det som något förvånande att förslaget i promemorian endast förväntas få ekonomiska konsekvenser för de företag som *inte* följer ett föreläggande och därigenom kan få vidkännas ett utdömt vite (s. 83). Även detta talar med styrka för att en eventuell befogenhet att begära in uppgifter från leverantörer – om den införes – bör förses med tydliga begränsningar och rättssäkerhetsgarantier.

Upphandlingsmyndigheten vill för det fjärde även framhålla att leverantörer – till skillnad från upphandlande organisationer – enligt den föreslagna författningstexten inte synes ges någon möjlighet att överklaga ett sådant föreläggande (se till exempel avfattningen av den föreslagna bestämmelsen om överklagande i 21 kap. 15 § LOU).

Enligt författningskommentaren till denna bestämmelse tycks det även förutsättas att överklaganderätten endast gäller beslut om förelägganden och upphandlings-skadeavgift (och inte andra tillsynsbeslut av tillsynsmyndigheten, se s. 96). I författningskommentaren till motsvarande bestämmelser i LUF, LUK och LUF5 föreligger därtill en osäkerhet ifråga om överklagande även ska kunna avse beslut om utredningsförelägganden (se s. 105, 112 och 121, där kommentaren endast anger att överklagande kan avse ”upphandlingsskadeavgift”). Detta framstår som uppenbara brister i den remitterade författningstexten som under alla omständigheter bör korrigeras. Upphandlingsmyndigheten noterar även att inte heller de som Konkurrensverket anser vara en upphandlande myndighet tycks tillerkännas möjlighet att överklaga sådana beslut (enligt avfattningen av den föreslagna överklagandebestämmelsen i 21 kap. 15 § LOU).

Mot denna bakgrund står det enligt Upphandlingsmyndigheten klart att den föreslagna befogenheten att i vart fall inte införes med mindre än att analysen i denna del kompletteras utifrån en rad rättsliga och praktiska aspekter.

## **2.8 Utredningsföreläggande ska kunna förenas med vite (avsnitt 4.6.3)**

I promemorian föreslås att ett utredningsföreläggande ska kunna förenas med vite.

Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget. Detta under förutsättning att förslaget att sådana förelägganden även kan riktas mot leverantörer inte införs eller åtminstone omarbetas på sätt som angetts ovan. Sådana leverantörer bör även ges möjlighet att överklaga beslut om förelägganden. Upphandlingsmyndigheten framhåller att för det fall den så kallade passivitetsrätten (se s. 75 i promemorian) ändå skulle anses begränsa möjligheten att rikta sådana förelägganden mot upphandlande organisationer som är privaträttsliga subjekt, detta inte innebär något hinder mot att möjligheten införs vad gäller övriga typer av upphandlande organisationer.

### **2.9 Omedelbart verkställbara beslut (avsnitt 4.6.4)**

I promemorian föreslå att Konkurrensverket ska kunna bestämma att ett beslut om utredningsföreläggande ska gälla omedelbart (s. 76).

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget. Detta gäller i synnerhet om utredningsförelägganden även ska kunna riktas mot leverantörer, se vidare avsnitt 2.7 ovan. Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det i praktiken kan bli omöjligt för en upphandlande myndighet – eller en leverantör – att överklaga ett sådant föreläggande om det gäller omedelbart. I vilket fall bör det inte vara möjlighet att förena ett utredningsföreläggande med vite och samtidigt förordna att beslutet ska gälla omedelbart. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör de brister med nuvarande ordning som lyfts fram i promemorian delvis kunna åtgärdas genom att tidsfristen för Konkurrensverkets handläggning av ärenden om upphandlingsskadeavgift förlängs.

### **2.10 En möjlighet att förelägga om att lagen ska följas bör inte införas (avsnitt 4.7)**

I promemorian görs bedömningen att det inte bör införas en befogenhet för Konkurrensverket att meddela förelägganden i syfte att säkerställa att upphandlingslagstiftningen följs.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i bedömningen.

### **2.11 Lagteknisk omstrukturering av lagarna (avsnitt 4.8)**

I promemorian föreslås att bestämmelserna om tillsyn och sanktioner samlas i ett nytt kapitel i upphandlingslagarna.

Upphandlingsmyndigheten har ingen invändning mot förslaget. Det får anses som en lagteknisk utgångspunkt att bestämmelser om tillsynsmyndigheten och dess befogenheter i mer omfattande regelverk samlas i ett särskilt kapitel. Det bör däremot framhållas att den nuvarande ordningen knappast upplevs som svåröverskådlig och svårtillgänglig av de som har att tillämpa dessa bestämmelser eller annars berörs av dem.



Ert datum:  
2022-03-22

Datum:  
2022-06-21

Er ref:  
Fi2022/00967

Diarienummer:  
UHM-2022-0083

## 2.12 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser (avsnitt 5)

I promemorian föreslås att de föreslagna lagändringarna ska träda i kraft den 1 februari 2023 och att äldre bestämmelser ska gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget. Någon längre framförhållning vad gäller införandet behövs knappast givet att de föreslagna bestämmelserna i princip inte innebär några nya förpliktelser för de upphandlande organisationerna, utan framför allt syftar till att sanktionera redan befintliga skyldigheter.

---

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Henrik Grönberg har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även chefsjuristen Anders Asplund deltagit.

---

Inger Ek

---

Henrik Grönberg