

Stockholm den 22 juni 2022

R-2022/0691

Till Finansdepartementet

Fi2022/00967

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 22 mars 2022 beretts tillfälle att avge yttrande över departementspromemorian En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5).

Sammanfattning

Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag om att Konkurrensverket ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift. Om Konkurrensverket ska ges sådan beslutanderätt måste ett sådant förslag bli föremål för ytterligare utredning och fördjupade analyser. För det fall beslutanderätt skulle införas för Konkurrensverket, instämmer Advokatsamfundet i departementspromemorians förslag att någon avgift inte ska beslutas i ringa fall och att avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Advokatsamfundet välkomnar departementspromemorians förslag om införande av tidsfrist för fullgörandet av dokumentationsskyldigheten.

Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag att utvidga upphandlingsskadeavgiften till att även omfatta ytterligare överträdelser av upphandlingslagstiftningen.

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



Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag att tidsfristen för beslut om upphandlingsskadeavgift avseende otillåtna direktupphandlingar ska uppgå till två år.

Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag att Konkurrensverket ska ges möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att besluta om riktlinjer för direktupphandling respektive att sådana beslut ska kunna förenas med vite.

Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag att Konkurrensverkets föreläggande om att lämna in uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handling ska kunna riktas till leverantörer. Advokatsamfundet avstyrker slutligen även departementspromemorians förslag att ett föreläggande om att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna förenas med vite.

Advokatsamfundet välkomnar departementspromemorians förslag att samla bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn i ett gemensamt kapitel i respektive upphandlingslag.

Synpunkter

Allmänna utgångspunkter

I promemorian föreslås att Konkurrensverket, i egenskap av tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen, ska få utvidgade sanktions- och utredningsmöjligheter vid tillsynen över lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet samt lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.¹

Enligt Advokatsamfundet bör en utvidgning av Konkurrensverkets sanktions- och utredningsmöjligheter förutsätta systematiska överträdelser av och brister i den offentliga upphandlingen som Konkurrensverket inte kommer åt med nuvarande sanktions- och utredningsmöjligheter samt att detta hindrar verket från att bedriva effektiv tillsyn över den offentliga upphandlingen.

¹ Av framställningstekniska skäl kommer detta remissvar endast att tala om *upphandlande myndigheter*, även om framställningen också omfattar *upphandlande enheter*.



En utvidgning av Konkurrensverkets sanktions- och utredningsmöjligheter kräver belägg för förekomsten och omfattningen av de systematiska överträdelser som Konkurrensverket inte kommer åt med nuvarande sanktions- och utredningsmöjligheter.

En utvidgning av Konkurrensverkets sanktions- och utredningsmöjligheter bör begränsas till vad som kan antas medföra att eventuella rådande brister i förutsättningarna att bedriva effektiv upphandlingstillsyn åtgärdas. Bedömningen bör innefatta en noggrann och mångsidig analys som belyser förslagets för- och nackdelar. Någon sådan analys eller utredning har inte gjorts, varför förslagen i promemorian saknar närmare motivering. Enligt Advokatsamfundet är sådana analyser utifrån nödvändighet, effektivitet och proportionalitet nödvändiga för att fullt ut kunna bedöma förslagen i denna del. Sådana analyser bör därför ske inom ramen för den fortsatta beredningen.

Beslutanderätt för Konkurrensverket rörande upphandlingsskadeavgift

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag i avsnitt 4.1 om att Konkurrensverket ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift. Ett eventuellt införande av beslutanderätt för Konkurrensverket på upphandlingsskadeavgiftens område måste bli föremål för ytterligare utredning.

Den nuvarande ordningen med upphandlingsskadeavgift infördes 2010 och är relativt väl inarbetad. Någon egentlig brist i den nuvarande ordningen identifieras inte i promemorian. Förslaget om beslutanderätt motiveras av effektivitetsskäl och att den föreslagna ordningen skulle öka incitamenten att samarbeta med Konkurrensverket i ett tidigare skede. De skäl som promemorian för fram är emellertid inte empiriskt belagda. Fördelarna med beslutanderätt framstår snarare som spekulativa. De effektivitetsvinster som påstås uppkomma till följd av en beslutanderätt är under alla omständigheter inte tillräckligt analyserade för att kunna ligga till grund för införande av en sådan ordning.

Enligt Advokatsamfundet är de utmaningar som kan vara förknippade med att en enda myndighet ska upptäcka, utreda och besluta om överträdelser av upphandlingslagarna (vilket alltså kan liknas vid att vara både polis, åklagare och domare) inte närmare analyserade. Det görs till exempel ingen analys av om den föreslagna ordningen med beslutanderätt för Konkurrensverket är förenlig med de krav på rättssäkerhet som



följer av Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga när det är fråga om företag som bedriver verksamhet i någon av försörjningssektorerna med stöd av ensamrätt eller en särskild rättighet och som därför omfattas av LUF. Att Konkurrensverket har getts beslutanderätt på konkurrensrättens område motiverar inte att dessa frågor om rättssäkerhet utelämnats. En analys av förslaget utifrån det skydd och de rättigheter som i rättssäkerhetshänseende stadgas i Europakonventionen och EU-stadgan måste därför göras under den fortsatta beredningen.

Därutöver är ett antal frågor som skulle uppkomma vid införandet av beslutanderätt inte behandlade i promemorian. Bland dessa frågor märks följande.

I mål om upphandlingsskadeavgift enligt den nuvarande regleringen har Konkurrensverket åberopsbördan och bevisbördan för att den upphandlande myndigheten har ingått avtal i strid med annonseringsskyldigheten. Enligt nuvarande ordning ankommer det därmed på Konkurrensverket att i alla delar styrka sina påståenden genom att lägga fram en fullständig och robust utredning för domstolen. Frågan om bevisbördans placering vid införande av beslutanderätt analyseras inte i promemorian, vare sig vad gäller Konkurrensverkets beslut om upphandlingsskadeavgift eller i förvaltningsrätten vid ett överklagande av sådant beslut. Att Konkurrensverket har bevisbördan för de omständigheter som utgör en överträdelse är en central garanti för ett rättssäkert förfarande i mål om upphandlingsskadeavgift. Enligt Advokatsamfundet skulle den föreslagna ordningen med en beslutanderätt för Konkurrensverket i praktiken kunna leda till en omkastad åberopsbörda och en lättnad i bevisbördan för Konkurrensverket. Det skulle nämligen kunna innebära att den som klagat på Konkurrensverkets beslut åläggs en börda att förklara varför beslutet är fel. Genom att införa en beslutanderätt för Konkurrensverket skulle tillsynsobjekten alltså åläggas att exculpera sig och att förklara och bevisa varför Konkurrensverkets beslut är felaktigt. Det skulle innebära en påtaglig försämring ur rättssäkerhetssynpunkt. Departementspromemorian saknar överväganden kring dessa avgörande rättssäkerhetsförhållanden. Likaså analyseras inte prövningsramen vid överklagande av Konkurrensverkets beslut om upphandlingsskadeavgift i promemorian. Frågan om upphandlande myndigheter som är föremål för ett beslut om upphandlingsskadeavgift kan anföra nya grunder eller åberopa ny bevisning i förvaltningsrätten som inte anförts respektive åberopats hos Konkurrensverket analyseras inte tillräckligt. Likaså behandlar promemorian inte frågan om



Konkurrensverket, sedan verkets beslut om upphandlingsskadeavgift överklagats, kan åberopa andra grunder eller ny bevisning i förvaltningsrätten. Enligt Advokatsamfundet måste sådan avsaknad betecknas som en mycket allvarlig brist i utredningen ur rättssäkerhetssynpunkt. Det vore inte rättssäkert att införa beslutanderätt för Konkurrensverket utan att dessa centrala frågor analyserats närmare. Ett eventuellt införande av beslutanderätt förutsätter att dessa frågor utreds vidare.

För det fall en rätt för Konkurrensverket att fatta beslut om upphandlingsskadeavgift införs, vilket Advokatsamfundet alltså avstyrker, ställer sig Advokatsamfundet dock positivt till förslaget i avsnitt 4.1 om att sådant beslut ska få överklagas till förvaltningsrätt respektive att prövningstillstånd krävs för överklagade till kammarrätten.

Advokatsamfundet instämmer i promemorians bedömning att ett behörigt prövningsorgan enligt artikel 2.9 i rättsmedelsdirektivet (direktiv 89/665/EEG), i dess lydelse enligt artikel 1 i ändringsdirektivet (2007/66/EG), inte behöver vara en domstol.

Rätt för tillsynsmyndigheten att avstå att besluta om upphandlingsskadeavgift i vissa fall

För det fall beslutanderätt införs för Konkurrensverket, vilket Advokatsamfundet avstyrker, vore det enligt Advokatsamfundet lämpligt med sådana regler rörande ringa fall och eftergift som föreslås i avsnitt 4.1.2 departementspromemorian. Advokatsamfundet instämmer i bedömningen att en sådan ordning är förenlig med rättsmedelsdirektiven.

Tidsfrist för dokumentationsskyldigheten

Advokatsamfundet välkomnar förslaget i avsnitt 4.2 om införande av tidsfrist för fullgörandet av dokumentationsskyldigheten. Enligt Advokatsamfundet är den föreslagna fristen (30 dagar) väl avvägd. Enligt Advokatsamfundet förutsätter införande av upphandlingsskadeavgift för bristande dokumentationsskyldighet, vilket Advokatsamfundet avstyrker, i praktiken en tidsfrist för uppfyllande av sådan skyldighet.



Utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift

Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag i avsnitt 4.3 att utvidga upphandlingsskadeavgiften till att även omfatta brott mot skyldigheter rörande efterannonsering, publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas, dokumentationsplikt, individuella rapporter och protokoll respektive motiveringsskyldighet.

Det framgår inte av departementspromemorian i vilken utsträckning upphandlande myndigheter inte fullgör dokumentationsplikten, vilka negativa konsekvenser detta medför eller varför Konkurrensverkets befintliga möjlighet att fatta tillsynsbeslut rörande sådana överträdelser inte skulle vara tillräckliga. Enligt Advokatsamfundet har det därmed inte presenterats några bärande skäl till införande av upphandlingsskadeavgiften vid sådana överträdelser. Frågan om vad som krävs för att dokumentationsplikten ska vara uppfylld (varpå skäl för upphandlingsskadeavgift saknas) skulle dessutom ge upphov till ett antal tillämpningssvårigheter. Så skulle till exempel vara fallet om den upphandlande myndigheten har gjort viss men bristfällig dokumentation. Dessa frågor behandlas inte närmare i promemorian.

Brott mot skyldigheten att publicera efterannonser är det enda av de föreslagna tillkommande områdena för upphandlingsskadeavgift där promemorian hänvisar till uttryckligt stöd för att det råder bristande efterlevnad. Advokatsamfundet anser emellertid inte att upphandlingsskadeavgift är ett lämpligt medel för att förbättra Upphandlingsmyndighetens möjligheter att sammanställa statistik över offentlig upphandling, vilket förefaller vara promemorians huvudsakliga skäl till varför upphandlingsskadeavgift ska införas för bristande efterannonsering. Enligt Advokatsamfundet förutsätter införande av upphandlingsskadeavgift vid bristande efterannonsering ytterligare analys.

Promemorian innehåller inte någon redogörelse över i vilken utsträckning upphandlande myndigheter och enheter inte uppfyller sin skyldighet att motivera varför upphandlingar inte delas upp. Promemorian innehåller heller inte någon analys av vad en motivering från den upphandlande myndigheten ska innehålla för att inte kunna föranleda upphandlingsskadeavgift. Enligt Advokatsamfundet saknas det därför underlag som motiverar införande av upphandlingsskadeavgift för sådana överträdelser.



Enligt departementspromemorian skulle förslaget på högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift (20 miljoner kronor) även gälla för överträdelser mot reglerna om efterannonsering, publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas, dokumentationsplikt, individuella rapporter och protokoll respektive motiveringsskyldighet. Promemorian saknar analys av lämpligheten av att högsta avgiften för de tillkommande överträdelser som ska kunna medföra upphandlingsskadeavgift ska stå i proportion till värdet på upphandlingen eller att varför dessa överträdelser ska kunna påföras en sanktionsavgift som uppgår till 20 miljoner kronor. Advokatsamfundet ifrågasätter behovet av att beivra dessa överträdelser med så höga upphandlingsskadeavgifter. Enligt Advokatsamfundet kräver förslagen om införande av upphandlingsskadeavgift för dessa övriga överträdelser ytterligare utredning. Sådan utredning bör även innefatta vilken betydelse graden av allvar i dessa överträdelser ska tillmätas vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Det framstår vidare som oklart om en och samma myndighet kan drabbas av upphandlingsskadeavgift för flera påstådda överträdelser enligt den föreslagna lydelsen av 21 kap. 7 § 2 punkten.

Advokatsamfundet har i tidigare remissvar påtalat att det finns skäl att utreda om de nuvarande reglerna om ogiltighet *ex nunc* bör kompletteras med bestämmelser om obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift.² Frågan behandlas inte i departementspromemorian. Advokatsamfundet vidhåller, med hänvisning till sitt tidigare remissvar, att frågan bör utredas.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Advokatsamfundet avstyrker departementspromemorians förslag i avsnitt 4.4 om att det högsta beloppet som kan utgå i upphandlingsskadeavgift ska höjas till 20 miljoner kronor. Enligt Advokatsamfundet innehåller departementspromemorian inte skäl som motiverar en sådan höjning.

Sedan reglerna om upphandlingsskadeavgift infördes 2011 har Konkurrensverket ansökt om upphandlingsskadeavgift vid 226 tillfällen. Av dessa 226 ansökningar har högsta belopp om 10 miljoner kronor yrkats vid åtta tillfällen, dvs. i 3,5 procent av ansökningarna. Dessa åtta ansökningar avser sex upphandlande myndigheter. En av

² Se Advokatsamfundets remissvar den 11 februari 2020 över Konkurrensverkets promemoria av den 1 juli 2019 med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/02619/OU).



dessa sex upphandlande myndigheter, Region Stockholm, har fått tre ansökningar emot sig. Övriga fem upphandlande myndigheter (Vafab Miljö kommunalförbund, Haninge bostäder, Falu kommun, Akademiska hus och Malmö kommun) har fått en ansökan var. Av de åtta ansökningarna har förvaltningsdomstolarna avslagit två (Vafab Miljö kommunalförbund och Akademiska hus) och dömt ut ett lägre belopp än 10 miljoner kronor i två (Haninge bostäder 9 miljoner kronor och Falu kommun 8 miljoner kronor). Det är således endast i fyra av 226 ansökningar, dvs. i 1,8 procent av ansökningarna, som det maximala beloppet om 10 miljoner kronor faktiskt dömts ut. Tre av dessa fyra ansökningar rör dessutom en och samma myndighet (Region Stockholm) och två av ansökningarna rör samma avtalsföremål (medicinsk radiologi).

Enligt Advokatsamfundets uppfattning är det inte lämpligt att ändra lagens beloppsbegränsning på grund av ett problem som endast uppkommit i fyra av 226 mål om upphandlingsskadeavgift och som till överväldigande del är hänförligt till en och samma myndighet. De problem som promemorian framhåller med att upphandlingar av högre värden inte kan beivras på ett proportionerligt sätt i förhållande till upphandlingar med lägre värde (s. 64) verkar alltså inte föreligga på verklighetsplanet. Promemorian innehåller heller inte någon närmare analys om varför just 20 miljoner kronor skulle lösa påstådda problem med bristande proportionalitet vid beivrande av upphandlingar av högre värden.

Mot den bakgrunden gör Advokatsamfundet bedömningen att det saknas skäl att höja beloppsbegränsningen på det sätt som föreslås i promemorian.

Tidsfrist för beslut om fakultativ upphandlingsskadeavgift

Förlängd tidsfrist för fakultativ upphandlingsskadeavgift

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag i avsnitt 4.5 att tidsfristen för beslut om upphandlingsskadeavgift avseende otillåtna direktupphandlingar ska uppgå till två år.

Lagstiftaren har sedan tidigare uttalat att ett år är en rimlig tidsfrist för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt den nuvarande ordningen. Enligt lagstiftaren ger en sådan tidsfrist uttryck för en rimlig avvägning mellan dels Konkurrensverkets behov av tid för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas och de upphandlande myndigheternas intresse av



att inte sväva i ovisshet om huruvida en sådan talan kommer att väckas.³ Frågan om tidsfrist för Konkurrensverkets ansökan om fakultativ upphandlingsskadeavgift har därefter varit föremål för överväganden i flera tidigare lagstiftningsärenden. I samtliga fall har övervägande skäl talat mot att tidsfristen ska bestämmas till mer än ett år.

Advokatsamfundet kan inte se att det har inträffat något som ger anledning att ompröva dessa tidigare ställningstaganden eller att de allmänna argument för en längre tidsfrist som förts fram i promemorian bör föranleda någon annan bedömning. De skäl som promemorian framför till varför tidsfristen bör förlängas är heller inte empiriskt belagda. Enligt Advokatsamfundet saknas det därför alltjämt underlag för en förlängning av tidsfristen för fakultativ upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket är inte förhindrat av någon tidsfrist från att fatta tillsynsbeslut rörande överträdelser av annonseringsskyldigheten. Det innebär att verket redan idag har möjlighet att fatta tillsynsbeslut som rör otillåtna direktupphandlingar som ägde rum för mer än ett år sedan. Under de senaste fyra åren (2018-2022) har Konkurrensverket fattat totalt fem tillsynsbeslut, dvs. i genomsnitt 1,25 tillsynsbeslut per år. Samtliga dessa beslut avser otillåtna direktupphandlingar, vilka inte kunnat föranleda ansökningar om upphandlingsskadeavgift p.g.a. att nuvarande tidsfrist löpt ut. Enligt Advokatsamfundet talar antalet tillsynsbeslut under perioden mot att Konkurrensverket i någon större utsträckning upptäcker otillåtna direktupphandlingar som är äldre än ett år och som är värda att prioriteras enligt verkets prioriteringspolicy.

Advokatsamfundet har givetvis förståelse för att det kan ta tid att identifiera och utreda direktupphandlingar. Det bör emellertid understrykas att unionslagstiftaren ansett att sex månader är en rimlig preskriptionstid för en enskild leverantör att identifiera och väcka talan mot en otillåten direktupphandling. Enligt Advokatsamfundet förklarar inte de skäl som anges i promemorian varför Konkurrensverket, som är expertmyndighet och som naturligtvis har både utrednings- och processföringsresurser som vida överstiger någon enskild leverantör, skulle behöva två år för att göra samma sak som en leverantör förväntas göra på sex månader.

³ Se prop. 2009/10:180 del 1, s. 208 f.



Tidsfrist för beslut om upphandlingsskadeavgift vid övriga överträdelser

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag i avsnitt 4.5 att tidsfristen för beslut om upphandlingsskadeavgift avseende övriga överträdelser ska uppgå till två år.

Promemorian innehåller inte övertygande skäl till varför tidsfristen avseende övriga överträdelser som föreslås kunna föranleda upphandlingsskadeavgift ska vara två år.

Advokatsamfundet instämmer i promemorians konstaterande att de övriga överträdelserna som föreslås kunna föranleda upphandlingsskadeavgift inte är lika allvarliga som otillåtna direktupphandlingar. Att tidsfristen för beslut om upphandlingsskadeavgift skulle uppgå till två år även för dessa övriga överträdelser motiveras i promemorian av systematiska skäl att i möjligaste mån ha enhetliga preskriptionsfrister. Advokatsamfundet kan se generella fördelar med att tidsfristerna för de olika föreslagna grunderna för fakultativ upphandlingsskadeavgift, om de skulle införas, inte skiljer sig åt. Dessa fördelar är emellertid inte så pass framträdande att de motiverar en så lång tid som två år för beslut om upphandlingsskadeavgift för övriga överträdelser. Några andra skäl framförs heller inte i promemorian.

Föreläggande att besluta om riktlinjer

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag i avsnitt 4.6.1 att Konkurrensverket ska ges möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att besluta om riktlinjer för direktupphandling.

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag i avsnitt 4.6.1 att föreläggande om att besluta om riktlinjer för direktupphandling ska kunna förenas med vite.

Av promemorian framgår inte i vilken utsträckning skyldigheten att anta riktlinjer inte efterlevs. Promemorian redogör heller inte för vilka problem som kan uppkomma till följd av bristande efterlevnad av skyldigheten att besluta om riktlinjer eller vem som lider skada av sådan avsaknad. Enligt Advokatsamfundet saknas det därför underlag för ett konstaterande att upphandlande myndigheter underlåter att anta riktlinjer för direktupphandling i en sådan utsträckning att det motiverar införandet av en möjlighet för Konkurrensverket att besluta om föreläggande.

Promemorian behandlar inte vilket innehåll riktlinjer för direktupphandling behöver ha för att efterkomma Konkurrensverkets föreläggande. En myndighet skulle alltså



kunna efterkomma ett sådant föreläggande genom att besluta om riktlinjer, oavsett riktlinjernas innehåll eller om de iakttas. Förslaget riskerar därför att få begränsad praktisk betydelse för hur upphandlande myndigheter använder sig av möjligheterna att genomföra direktupphandlingar. Enligt Advokatsamfundet är det inte lämpligt att införa vitessanktionerade förelägganden under sådana omständigheter.

Statskontoret har på regeringens uppdrag utvärderat effekterna av de förändrade reglerna om direktupphandling som infördes den 1 juli 2014. I rapporten ”*Offentlig direktupphandling. En utvärdering av 2014 års regeländring (2022:6)*” som Statskontoret publicerade den 28 mars 2022 konstateras bland annat att 93 procent av de upphandlande myndigheterna har beslutat om riktlinjer för direktupphandling.⁴ I rapporten konstaterar Statskontoret att utformningen av dessa riktlinjer varierar mellan olika upphandlande myndigheter och att dessa kan ha bristande följsamhet. Enligt Advokatsamfundet är det mer prioriterat att undersöka och förbättra innehållet i och följsamheten av riktlinjerna än att införa sanktioner vid avsaknad av riktlinjer oavsett deras innehåll och följsamhet. Slutsatserna i Statskontorets rapport bör därför analyseras ytterligare.

Föreläggande att lämna in uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia på handlingen

Advokatsamfundet avstyrker promemorian förslag i avsnitt 4.6.2 att Konkurrensverkets föreläggande om att lämna in uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handling även ska kunna riktas till leverantörer.

Det framgår inte av promemorian att den rådande avsaknaden av möjlighet för Konkurrensverket att rikta föreläggande också mot leverantörer utgör något hinder mot en effektiv upphandlingstillsyn. Utredningen nämner visserligen exemplet att upplysningar från en tidigare koncessionshavare kan vara användbara vid beräkning av värdet av en ny koncession (s. 73). Att det skulle vara fråga om ett utbredd problem eller något hinder för en effektiv tillsyn framgår däremot inte. Enligt Advokatsamfundet har departementspromemorian därmed inte presenterat underlag som motiverar införandet av möjligheten att rikta förelägganden mot leverantörer.

⁴ Se s. 21. Konstaterandet bygger på Statskontorets enkätundersökning.



Konkurrensverket föreslås vidare kunna rikta föreläggande mot den som är ”leverantör”. Med ”leverantör” avses enligt 1 kap. 16 § LOU ”den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader”. Att föreläggande skulle kunna riktas mot var och en som är leverantör, och alltså inte endast mot de leverantörer som deltagit i en viss upphandling eller har ingångna avtal med upphandlande myndigheter, bekräftas också i departementspromemorians författningskommentar (s. 91). Det vore ett mycket omfattande ingrepp för leverantörer att behöva lämna in uppgifter och handlingar till Konkurrensverket som verket bedömer vara användbara i sin tillsyn. Förslaget skulle få betydande konsekvenser för leverantörskollektivet. Dessa konsekvenser är inte identifierade och analyserade på ett sådant sätt som enligt Advokatsamfundet bör föregå en så pass ingripande lagändring. Enligt promemorian bedöms förslaget inte få några konsekvenser för leverantörer utöver ekonomiska konsekvenser som uppstår för leverantörer som inte efterföljer vitessanktionerade förelägganden (s. 83). Advokatsamfundet instämmer inte i den bedömningen.

Som exempel på bristande underlag i promemorian vill Advokatsamfundet uppmärksamma att betydelsen av advokatsekretess inte berörs i avsnitt 4.6.2. Advokatbyråer är ”leverantörer” av juridiska tjänster i upphandlingsrättslig bemärkelse. Enligt förslaget skulle Konkurrensverket därmed vid vite kunna förelägga en advokatbyrå att lämna in handlingar och uppgifter rörande en advokats tillhandahållande av juridiska tjänster. En advokat skulle som utgångspunkt vara förhindrad att efterkomma ett sådant föreläggande med hänvisning till advokatsekretessen. Enligt Advokatsamfundet vore det oacceptabelt och helt främmande för den svenska rättsordningen att ge Konkurrensverket rätt att vid vite förelägga advokatbyråer att lämna handlingar och uppgifter som omfattas av advokatsekretess. Advokatsekretessens betydelse för leverantörers möjligheter att efterkomma Konkurrensverkets föreläggande behandlas över huvud taget inte i departementspromemorian. Redan av det skälet bör förslaget att tillsynsmyndigheten ska kunna förelägga leverantörer att inkomma med handlingar och uppgifter inte införas.

Enligt Advokatsamfundet är frågan om föreläggande mot leverantörer inte tillräckligt utredd även av andra skäl. Frågan om vad Konkurrensverket kan göra med ”överskottsinformation” som lämnas in av leverantörer för att efterkomma ett



föreläggande från verket, däribland om sådan information skulle kunna ingå i Konkurrensverkets tillsyn över konkurrenslagstiftningen, berörs inte. Likaså behandlas inte frågan om sekretess hos Konkurrensverket för de uppgifter som leverantörer åläggs att lämna in. Enligt Advokatsamfundet vore det inte rättssäkert att införa departementspromemorians förslag om föreläggande mot leverantörer utan en grundlig analys av dessa frågor.

Departementspromemorian behandlar inte heller några av de internationella aspekter av förslaget som Advokatsamfundet anser bör utredas. Begreppet ”leverantör” i 1 kap. 16 § LOU är nämligen inte begränsat till svenska leverantörer. Förslaget innebär alltså att Konkurrensverket skulle få rätt att rikta förelägganden även mot utländska leverantörer. Enligt Advokatsamfundet ger detta upphov till en rad rättsliga frågor rörande förutsättningarna för en svensk myndighet att rikta förelägganden mot utländska leverantörer. Dessa frågor berörs överhuvudtaget inte i promemorian. Likaså berörs inte de rättsliga förutsättningarna för vite för utländska leverantörer eller frågor rörande verkställighet av viten utanför Sverige. Enligt Advokatsamfundet vore det inte förenligt med allmänna krav på rättssäkerhet att införa förslagen om föreläggande.

En möjlighet att förena förelägganden med vite

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag i avsnitt 4.6.3 att ett föreläggande om att en upphandlande myndighet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet, eller en leverantör ska lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna förenas med vite.

Av 22 kap. 4 § LOU framgår att Konkurrensverket får förelägga en upphandlande myndighet eller den som Konkurrensverket bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen. Sådana förelägganden kan överklagas till förvaltningsdomstol. Enligt Advokatsamfundet bör Konkurrensverkets möjlighet att rikta sådana förelägganden endast kompletteras med möjlighet till vite om nuvarande ordning hindrar verket från att bedriva en effektiv upphandlingstillsyn. I promemorian anges att det händer att tillsynsobjekten inte följer Konkurrensverkets begäran om information eller förhålar utredningen på olika sätt (s. 75). Något närmare underlag anges inte. Det är därför oklart i vilken utsträckning Konkurrensverkets förelägganden inte följs och vilken betydelse detta har för verkets tillsyn. Enligt Advokatsamfundet saknas det därför



underlag för ett konstaterande att nuvarande möjlighet att utfärda föreläggande att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen behöver tillföras en möjlighet att förena sådana förelägganden med vite.

Ett samlat tillsyns- och sanktionskapitel

Advokatsamfundet välkomnar förslaget i avsnitt 4.8 att samla bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn i ett gemensamt kapitel i respektive upphandlingslag.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander