

# Lagrådsremiss

## En effektivare upphandlingstillsyn

---

Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet.

Stockholm den 25 maj 2023

*Erik Slottner*

*Andreas Hamrén*  
(Finansdepartementet)

## Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

I lagrådsremissen föreslås att Konkurrensverket, i egenskap av tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen, ska ges utökade befogenheter vid tillsynen över lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner samt lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.

Enligt förslagen ska Konkurrensverket få fatta beslut om upphandlingskadeavgift som första instans, dvs. utan ett ansökningsförfarande till allmän förvaltningsdomstol. Dessutom föreslås att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift ska förlängas till två år och att avgiftens tak höjs från 10 miljoner kronor till 20 miljoner kronor. Vad gäller de dokumentationsskyldigheter som framgår av de nämnda upphandlingslagarna föreslås att dessa förenas med en tidsfrist som anger att dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats. Det föreslås vidare att Konkurrensverket ska kunna förelägga upphandlande myndigheter och enheter att besluta om riktlinjer för användning av direktupphandling. Slutligen föreslås att bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn, som för närvarande finns i två separata avslutande kapitel i upphandlingslagarna, slås ihop till ett nytt gemensamt kapitel i respektive lag.

De föreslagna ändringarna syftar till en effektivare tillsyn.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2024.

## Innehållsförteckning

1	Beslut .....	4
2	Lagtext .....	5
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling .....	5
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna .....	11
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner .....	17
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik .....	22
3	Ärendet och dess beredning .....	25
4	Gällande rätt .....	25
4.1	Konkurrensverket är tillsynsmyndighet över upphandlingslagstiftningen .....	25
4.2	Allmänt om upphandlingstillsynen .....	25
4.3	Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift .....	26
4.3.1	Upphandlingsskadeavgift när ett avtal har fått bestå .....	27
4.3.2	Upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling .....	28
4.3.3	Tidsfrister för ansökan om upphandlingsskadeavgift .....	28
4.3.4	Avgiftens storlek .....	29
4.4	Tillsynsbeslut .....	29
4.5	Förelägganden .....	29
5	En effektivare upphandlingstillsyn .....	30
5.1	Tillsynsmyndigheten får besluta om upphandlingsskadeavgift .....	30
5.1.1	En ändrad beslutsordning för en effektivare tillsyn .....	30
5.1.2	När ska tillsynsmyndigheten som utgångspunkt vara skyldig att besluta om upphandlingsskadeavgift? .....	38
5.2	Dokumentationsskyldigheten förenas med en tidsfrist .....	39
5.3	Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift .....	43
5.4	Taket för upphandlingsskadeavgiften höjs .....	47
5.5	Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs .....	50
5.6	Förelägganden .....	55
5.6.1	En möjlighet att besluta om förelägganden rörande riktlinjer bör införas .....	55
5.6.2	Kretsen för utredningsförelägganden bör inte utvidgas .....	59

5.6.3	Utredningsförelägganden bör inte kunna förenas med vite .....	60
5.6.4	Det saknas tillräckliga skäl att låta beslut om utredningsförelägganden gälla omedelbart .....	62
5.7	En möjlighet till förelägganden för att lagen ska följas bör inte införas.....	63
5.8	Ett samlat tillsyns- och sanktionskapitel.....	65
6	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser.....	65
7	Konsekvenser.....	66
8	Författningskommentar.....	68
8.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling .....	68
8.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna .....	76
8.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.....	82
8.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.....	87
Bilaga 1	Sammanfattning av promemorian En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5) .....	91
Bilaga 2	Promemorians lagförslag.....	92
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanserna .....	117

# 1 Beslut

Regeringen har beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna,
3. lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
4. lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.

## 2 Lagtext

Regeringen har följande förslag till lagtext.

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling<sup>2</sup>

*dels* att 21 och 22 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 12 kap. 14 och 16 §§, 19 kap. 1 och 22 §§ och 19 a kap. 1 och 11 §§ ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 21 kap., av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

#### **1 kap.**

##### 1 §<sup>3</sup>

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
- blandad upphandling (2 kap.),
- undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
- allmänna bestämmelser (4 kap.),
- tröskelvärden (5 kap.),
- upphandlingsförfaranden (6 kap.),
- ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling (7 kap.),
- elektroniska metoder för upphandling (8 kap.),
- tekniska krav (9 kap.),
- annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande (10 kap.),
- tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (11 kap.),
- kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (12 kap.),
- uteslutning av leverantörer (13 kap.),

<sup>1</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2021/1952 av den 10 november 2021 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärden för offentliga varu-, tjänste- och byggentreprenadkontrakt samt projektävlingar, i den ursprungliga lydelsen.

<sup>2</sup> Senaste lydelse av  
21 kap. 1 § 2021:1110  
21 kap. 4 § 2021:1110.

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

- kvalificering (14 kap.),
  - egen försäkring och utredning om leverantörer (15 kap.),
  - utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt (16 kap.),
  - fullgörande av kontrakt (17 kap.),
  - projekttävlingar (18 kap.),
  - annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 (19 kap.),
    - direktupphandling (19 a kap.),
    - avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.), och
    - upphandlingsskadeavgift (21 kap.),
  - avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.), och
  - tillsyn och upphandlingsskadeavgift (21 kap.).
  - tillsyn (22 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1),
  - Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2),
- och
- Definitioner av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3).

## 12 kap.

### 14 §

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera myndighetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

### 16 §

Av en individuell rapport ska följande framgå:

1. skäl till att ett anbud som har förkastats har ansetts vara onormalt lågt,
2. skäl till att ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör,
3. skäl till att en leverantör inte har godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem,
4. skäl till att förhandlat förfarande med föregående annonsering, förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog har tillämpats,
5. skäl till att inlämning av anbud med andra medel än elektroniska har godkänts, och
6. intressekonflikter och åtgärder som vidtagits till följd av dem.

*En individuell rapport ska ha upprättats senast 30 dagar efter att*

*myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om avbrytande av upphandlingen.*

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om vilka uppgifter en individuell rapport ska innehålla.

## **19 kap.**

### **1 §<sup>4</sup>**

Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och

2. upphandling eller projekttävling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

### **22 §<sup>5</sup>**

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vid upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska en upphandlande myndighet dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 och 16 §§ om individuella rapporter.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

## 19 a kap.

### 1 §<sup>6</sup>

Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfördran.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

### 11 §<sup>7</sup>

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde *uppgår till minst* 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde *överstiger* 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 21 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift

### Tillsyn

*Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

2 § Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet. 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 eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

<sup>7</sup> Senaste lydelse 2021:1110.



### *Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 15 §.

**5 §** Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn 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.

### **Upphandlingsskadeavgift**

#### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte meddelas förrän samtliga

beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen fick laga kraft.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

#### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift eller förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet 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 januari 2024.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna<sup>2</sup>

*dels* att 21 och 22 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 12 kap. 14 och 15 §§, 19 kap. 1 och 22 §§ och 19 a kap. 1 och 10 §§ ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 21 kap., av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### 1 §<sup>3</sup>

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
- verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling (2 kap.),
- undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
- allmänna bestämmelser (4 kap.),
- tröskelvärden (5 kap.),
- upphandlingsförfaranden (6 kap.),
- ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling (7 kap.),
- elektroniska metoder för upphandling (8 kap.),
- tekniska krav (9 kap.),
- annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande (10 kap.),
- tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (11 kap.),
- kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (12 kap.),
- uteslutning av leverantörer (13 kap.),
- kvalificering (14 kap.),
- utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt (15 kap.),
- fullgörande av kontrakt (16 kap.),
- projekttävlingar (17 kap.),
- anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland (18 kap.),
- annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 (19 kap.),
- direktupphandling (19 a kap.),
- avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.),
- avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.), och

<sup>1</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

<sup>2</sup> Senaste lydelse av

21 kap. 1 § 2021:1111

21 kap. 4 § 2021:1111.

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

- upphandlingsskadeavgift (21 kap.), och
  - tillsyn och upphandlingsskadeavgift (21 kap.).
  - tillsyn (22 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1),
  - Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2),
- och
- Definitioner av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3).

## 12 kap.

### 14 §

En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera enhetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

En upphandlande enhet ska *löpan-*de dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

### 15 §

En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering, utslutning och urval av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,

2. användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

3. tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och

4. att godkänna inlämning av anbud med andra medel än elektroniska.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

*Informationen ska finnas tillgänglig senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal*

*eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## **19 kap.**

### **1 §<sup>4</sup>**

Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. upphandling eller projekttävling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

### **22 §<sup>5</sup>**

En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande enhet ska *löpan-*de dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vid upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska en upphandlande enhet dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 § om bevarande av information.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## **19 a kap.**

### **1 §<sup>6</sup>**

Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande enheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfördan.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

## 10 §<sup>7</sup>

En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde *uppgår till minst* 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande enhet ska *löpan-* *de* dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde *överstiger* 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 21 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift

### Tillsyn

*Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

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

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

*Förelägganden*

4 § Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 14 §.

5 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn 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.

<sup>7</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

## **Upphandlingsskadeavgift**

### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande enheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen fick laga kraft.

### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift eller förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet 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 januari 2024.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.



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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

*dels* att 17 och 18 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 10 kap. 14 § och 15 kap. 9 och 11 §§ ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 17 kap., av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### 1 kap.

#### 1 §

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

<i>1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner</i>	<i>– lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),</i>
<i>2 kap. – Blandad upphandling</i>	<i>– blandad upphandling (2 kap.),</i>
<i>3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde</i>	<i>– undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),</i>
<i>4 kap. – Allmänna bestämmelser</i>	<i>– allmänna bestämmelser (4 kap.),</i>
<i>5 kap. – Tröskelvärde</i>	<i>– tröskelvärde (5 kap.),</i>
<i>6 kap. – Förfarandet vid upphandling</i>	<i>– förfarandet vid upphandling (6 kap.),</i>
<i>7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav</i>	<i>– tekniska krav och funktionskrav (7 kap.),</i>
<i>8 kap. – Annonsering av upphandling</i>	<i>– annonsering av upphandling (8 kap.),</i>
<i>9 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud</i>	<i>– tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (9 kap.),</i>
<i>10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation</i>	<i>– kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (10 kap.),</i>
<i>11 kap. – Uteslutning av leverantörer</i>	<i>– uteslutning av leverantörer (11 kap.),</i>
<i>12 kap. – Kvalificering</i>	<i>– kvalificering (12 kap.),</i>
<i>13 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner</i>	<i>– utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner (13 kap.),</i>
<i>14 kap. – Fullgörande av koncessioner</i>	<i>– fullgörande av koncessioner (14 kap.),</i>
<i>15 kap. – Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3</i>	<i>– upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3 (15 kap.),</i>
<i>16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd</i>	<i>– avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.), och</i>

<sup>1</sup> fr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i den ursprungliga lydelsen

17 kap. – Upphandlingsskadeavgift

– tillsyn och upphandlings-  
skadeavgift (17 kap.).

18 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

*Bilaga 1* – Förteckning över bygg-  
entreprenadkontrakt

– Förteckning över byggentreprenadkontrakt (*bilaga 1*),

*Bilaga 2* – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter

– Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter (*bilaga 2*), och

*Bilaga 3* – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

– Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (*bilaga 3*).

## 10 kap.

### 14 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera myndighetens eller enhetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 15 kap.

### 9 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera myndighetens eller enhetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 11 §

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller

- |  |   |
|--|---|
| – 16 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd, | – 16 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd, <i>och</i> |
| – 17 kap. om upphandlings-skadeavgift, <i>och</i>      | – 17 kap. om <i>tillsyn och</i> upphandlingsskadeavgift.          |
| – 18 kap. om <i>tillsyn</i> .                          |   |

## 17 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift

### Tillsyn

*Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

**2 §** Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande myndighet eller enhet eller 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.

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

*Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

**5 §** Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn 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.

### Upphandlingsskadeavgift

*Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten eller enheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen fick laga kraft.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

#### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift eller förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet 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 januari 2024.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

## 2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik

Härigenom föreskrivs att 4 a kap. 6, 10 och 11 §§ och 5 kap. 4 § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik ska ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **4 a kap.**

#### **6 §<sup>1</sup>**

Vid konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 4 kap. 1–9 §§ (allmänna bestämmelser),
- 5 kap. 3 § (värdetidpunkt),
- 6 kap. (förfarandet vid upphandling),
- 7 kap. (tekniska krav och funktionskrav),
- 8 kap. (annonsering av upphandling), utom 2 och 8 §§,
- 9 kap. (tidsfrister för anbudsansökningar och anbud),
- 10 kap. (kommunikation, information till leverantörer och dokumentation),
- 11 kap. (uteslutning av leverantörer),
- 12 kap. (kvalificering),
- 13 kap. (utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner),
- 14 kap. (fullgörande av koncessioner), utom 9 §,
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), och
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift) – 17 kap. 6–15 §§ (upphandlingsskadeavgift).

#### **10 §<sup>2</sup>**

Vid sådan direkttilldelning som avses i 7 § tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 4 kap. 1 och 3 §§ (principer för upphandling av koncessioner),
- 10 kap. 12 § (underrättelse om beslut) och 14 § (dokumentation),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), utom 2 och 3 §§, och
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift) – 17 kap. 6–15 §§ (upphandlingsskadeavgift).

När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i 1. 16 kap. 6 § första stycket om överträdelse av andra bestämmelser i den lagen i stället avse överträdelse av 7 eller 8 §,

2. 16 kap. 13 § första stycket om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om artikel 7.2 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 av den 14 december 2016 om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg, inte har beaktats eller om avtalet har slutits i strid med 7 eller 8 §, och

<sup>1</sup> Senaste lydelse 2016:1212.

<sup>2</sup> Senaste lydelse 2022:378.

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla vid överträdelse av de principer för upphandling av koncessioner som gäller enligt första stycket eller vid överträdelse av 7 eller 8 §.

#### 11 §<sup>3</sup>

Vid direkttilldelning enligt artikel 5.2 eller 5.3a, tilldelning enligt artikel 5.3b eller nödgåtgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 10 kap. 14 § (dokumentation),
- 16 kap. 4–21 §§ (överprövning och skadestånd), och
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift) – 17 kap. 6–15 §§ (upphandlingsskadeavgift).

Vid direkttilldelning enligt artikel 5.3a, tilldelning enligt artikel 5.3b eller nödgåtgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning ska även 4 kap. 3 § (beaktande av miljö, social- och arbetsrättsliga hänsyn) lagen om upphandling av koncessioner tillämpas.

När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i 1. 16 kap. 6 § första stycket om överträdelse av de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i den lagen i stället avse överträdelse av artikel 5.2, 5.3a, 5.3b eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt förordning (EU) 2016/2338,

2. 16 kap. 13 § om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om avtalet slutits i strid med artikel 5.2, 5.3a, 5.3b eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt förordning (EU) 2016/2338, och

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla om artikel 5.2, 5.3a, 5.3b eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt förordning (EU) 2016/2338, inte följts.

### 5 kap.

#### 4 §<sup>4</sup>

Den myndighet som regeringen bestämmer ska utöva tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. och enligt artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Vid denna tillsyn tillämpas 18 kap. lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska utöva tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. och enligt artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Vid denna tillsyn tillämpas 17 kap. 1–5 och 15 §§ lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

*När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i 17 kap. 4 § om föreläggande gälla i fråga om riktlinjer enligt 4 a kap. 9 §.*

---

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2022:378.

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2016:1212.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2024.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.



### 3 Ärendet och dess beredning

I upphandlingslagstiftningen finns bestämmelser om upphandlingsskadeavgift. Vid införandet av dessa bestämmelser aviserades att en översyn skulle göras efter en viss tid (prop. 2009/10:180 del 1 s. 184 och 196). Detta lagstiftningsärende innebär en sådan översyn.

Konkurrensverket kom under hösten 2015 in med en skrivelse till Finansdepartementet i vilken det framförs att en översyn borde göras gällande bestämmelserna om när myndigheten ska vara skyldig att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om upphandlingsskadeavgift (Fi2015/00065). Under hösten 2019 kom Konkurrensverket till Finansdepartementet in med en promemoria med förslag på hur tillsynen över den offentliga upphandlingen kan förbättras (Fi2019/02619). Konkurrensverkets promemoria har remissbehandlats.

Inom Finansdepartementet har departementspromemorian En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5) tagits fram. I promemorian föreslås bl.a. en ändrad beslutsordning gällande upphandlingsskadeavgift, på så sätt att Konkurrensverket som första instans ska kunna besluta om sådan avgift i stället för att myndigheten ansöker om detta hos allmän förvaltningsdomstol. En sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 1*. Promemorians lagförslag finns i *bilaga 2*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. Remissvaren finns tillgängliga i Finansdepartementet (Fi2022/00967).

I denna lagrådsremiss behandlas förslagen i departementspromemorian.

## 4 Gällande rätt

### 4.1 Konkurrensverket är tillsynsmyndighet över upphandlingslagstiftningen

Av 22 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) framgår att en myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt nämnda lag. Motsvarande bestämmelse finns i 22 kap. 1 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena (LUF), 18 kap. 1 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) och 18 kap. 1 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS).

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige, se 1 § och 3 § 2 i förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Konkurrensverket utövar även tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. lagen (2010:1065) om kollektivtrafik (3 § 9 i nämnda förordning).

### 4.2 Allmänt om upphandlingstillsynen

Bestämmelser om tillsyn respektive upphandlingsskadeavgift finns i de två avslutande kapitlen i var och en av de fyra upphandlingslagarna.

Bestämmelserna syftar bl.a. till att uppfylla Sveriges skyldigheter enligt 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 (första rättsmedelsdirektivet) 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 (andra rättsmedelsdirektivet), i deras lydelse enligt Europaparlamentets 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).

Enligt 2 § i Konkurrensverkets instruktion ska myndigheten verka för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. I tillsynen över offentlig upphandling utreder och bedömer Konkurrensverket om upphandlande myndigheter och enheter följer upphandlingsbestämmelserna. Konkurrensverket har två möjligheter till ingripande när verket anser att en upphandlande myndighet eller enhet har brustit i sina skyldigheter enligt upphandlingslagstiftningen: att meddela ett tillsynsbeslut eller att ansöka om upphandlingsskadeavgift om förutsättningarna för det är uppfyllda. Konkurrensverket har en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift om en domstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspär och då ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I de fall en upphandlande myndighet har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling är det däremot upp till Konkurrensverket att avgöra om en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska göras, dvs. det är en fakultativ möjlighet för myndigheten.

Vid utövandet av sin tillsyn är Konkurrensverket beroende av att kunna hämta in handlingar och upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter för att kunna bedöma om en överträdelse av upphandlingslagstiftningen har ägt rum. Verket har därför getts rätt att hämta in de upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten (22 kap. 2 § LOU och LUF samt 18 kap. 2 § LUK och LUF). Om det behövs för att utöva tillsynen får Konkurrensverket även förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen (22 kap. 4 § LOU och LUF samt 18 kap. 4 § LUK och LUF).

### 4.3 Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift

Ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna följs, vilket i sin tur syftar till att skattemedlen används på ett korrekt sätt (prop. 2009/10:180 del 1 s. 196). Som tidigare nämnts finns bestämmelser om upphandlingsskadeavgift i samtliga upphandlingslagar. I detta avsnitt hänvisas dock endast till LOU och termen upphandlande myndighet.

### 4.3.1 Upphandlingsskadeavgift när ett avtal har fått bestå

Enligt 20 kap. 13 § LOU ska allmän förvaltningsdomstol besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet 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 vidare förklaras ogiltigt om det har slutits enligt ett dynamiskt inköpsystem, 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.

Den nämnda bestämmelsen i 20 kap. 13 § LOU gäller endast vid tilldelning av kontrakt vid s.k. direktivstyrd upphandling, dvs. vid upphandlingar som överstiger EU:s tröskelvärden. Bestämmelserna om ogiltighet i 20 kap. 13 a § gäller vid icke-direktivstyrd upphandling och motsvarar delvis 20 kap. 13 § (prop. 2021/22:5 s. 219).

Ett avtal ska slutligen, enligt 20 kap. 13 b §, 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. 19 § första stycket. För ogiltighet av avtal som ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr krävs dessutom att någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 13 b § andra stycket LOU). Om dessa förutsättningar inte är uppfyllda ska avtalet, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, få bestå.

Enligt 20 kap. 14 § LOU ska rätten ändå besluta att ett avtal får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 20 kap. 13, 13 a eller 13 b §§ är uppfyllda, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Om allmän förvaltningsdomstol i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterat att ett avtal får bestå enligt ovan kräver rättsmedelsdirektiven i deras lydelse enligt ändringsdirektivet att en alternativ sanktion påförs den upphandlande myndighet som har ingått det aktuella avtalet. Ändringsdirektivets krav på alternativ sanktion har i svensk rätt genomförts genom bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift.

Enligt 21 kap. 1 § 1 och 21 kap. 2 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan från tillsynsmyndigheten, besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om det i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställts att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Enligt 21 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol vidare besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om det i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställts att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I sådana situationer då ett avtal har fått bestå är Konkurrensverket, som tidigare anförts, skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § första stycket LOU). Det framgår av domstolspraxis att det i ett sådant mål om upphandlingsskadeavgift inte ska göras

någon överprövning av det bakomliggande avgörande som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan, och i vilket allmän förvaltningsdomstol har fastställt att avtal får bestå (HFD 2014 ref. 49). Den upphandlande myndigheten kan således inte i den processen få ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett (HFD 2017 ref. 45).

### **4.3.2 Upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling**

Upphandlingsskadeavgift kan även aktualiseras som sanktion vid otillåtna direktupphandlingar där avtal inte har fått bestå. En otillåten direktupphandling är när en upphandlande myndighet har ingått avtal med en leverantör utan att följa kraven på föregående annonsering i upphandlingslagstiftningen. Otillåtna direktupphandlingar har av såväl unionslagstiftaren som nationellt ansetts vara en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen (skäl 13 i ändringsdirektivet och prop. 2009/10:180 del 1 s. 179 och 187).

Efter ansökan från Konkurrensverket får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 § LOU. Av 21 kap. 2 § LOU följer att befogenheten att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåtna direktupphandlingar där avtal inte har fått bestå är fakultativ för Konkurrensverket.

### **4.3.3 Tidsfrister för ansökan om upphandlingsskadeavgift**

En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 eller 2 LOU (när avtal har fått bestå) ska ha kommit in till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft (21 kap. 3 och 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 fått laga kraft. Ansökan ska då ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått 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).

#### 4.3.4 Avgiftens storlek

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga 10 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 avgift inte beslutas. Avgiften får vidare efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet (prop. 2009/10:180 s. 197 och 369). Värdet av det aktuella kontraktet är en av flera avgörande faktorer vid en sådan bedömning. Det högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt grave-rande fall (HFD 2014 ref. 69).

Som framgått ovan ska det i mål om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU inte göras någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande i vilket allmän förvaltningsdomstol har fastställt att avtal får bestå. De omständigheter som låg till grund för den bakomliggande domen kan dock beaktas vid bedömningen av sanktionsvärdet och avgiftens storlek (HFD 2017 ref. 45 och HFD:s dom den 7 juli 2017 i mål nr 6525–15). Hänsyn kan tas till om det finns försvårande eller för-mildrande omständigheter som ska inverka höjande respektive sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Konkurrensverket kan även peka på att omständigheterna i målet är sådana att upphandlingsskadeavgiften ska efterges eller att det är fråga om ett ringa fall, då någon avgift inte bör beslutas. Förekomsten av sådana omständigheter inverkar dock inte på verkets skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 2 § första stycket LOU.

#### 4.4 Tillsynsbeslut

Konkurrensverket kan inom sitt uppdrag att utöva tillsyn över upphandlingslagstiftningen meddela s.k. tillsynsbeslut efter en genomförd granskning av en upphandlande myndighets verksamhet. Syftet med Konkurrensverkets tillsynsbeslut är att uppmärksamma upphandlande myndigheter på att de har brutit mot upphandlingslagstiftningen. Sådana beslut ska också göra andra aktörer uppmärksamma på Konkurrensverkets uppfattning beträffande innebörden av det upphandlingsrättsliga regelverket (HFD 2018 ref. 71). Besluten är begränsade till redan inträffade överträdelser av upphandlingslagstiftningen och är inte förenade med någon sanktion. En myndighet som bedöms ha agerat på ett felaktigt sätt förväntas lösa det genom självrättelse eller genom att inte upprepa samma fel vid nästa upphandling. Tillsynsbeslut kan fattas för alla typer av överträdelser mot upphandlingslagstiftningen.

#### 4.5 Förelägganden

Konkurrensverket får från en upphandlande myndighet eller från den som verket 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 (22 kap. 2 § LOU). Upphandlande myndigheter eller den som Konkursverket bedömer vara en upphandlande myndighet är skyldiga att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn (22 kap. 3 § LOU).

Om det behövs för att Konkursverket ska kunna utöva sin tillsyn, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som verket bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen (22 kap. 4 § LOU). Någon möjlighet att förena ett sådant föreläggande med vite finns inte.

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

## 5 En effektivare upphandlingstillsyn

### 5.1 Tillsynsmyndigheten får besluta om upphandlingsskadeavgift

#### 5.1.1 En ändrad beslutsordning för en effektivare tillsyn

**Regeringens förslag:** Tillsynsmyndigheten ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift i upphandlingar enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

**Promemorians förslag** överensstämmer delvis med regeringens. Utredningens förslag omfattar även upphandlingar enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget. Det gäller bl.a. *Almega, Advokatfirman Kahn Pedersen, Arbetsgivarverket, Myndigheten för digital förvaltning, Domstolsverket, Ekonomistyrningsverket, Företagarna, Förvaltningsrätten i Umeå, Kammarrätten i Göteborg, Kemikalieinspektionen, Kommerskollegium, Kustbevakningen, Konkursverket, Kungsbacka kommun, Luftfartsverket, Polismyndigheten, Stockholms universitet, Svenskt näringsliv, TechSverige, Affärsverket svenska kraftnät, Umeå universitet, Upphandlingsmyndigheten* och *Örebro kommun*. Som skäl anförs bl.a. att beslutsordningen kan leda till effektivitetsvinster, att samma ordning som för konkurrensskadeavgift bör gälla för upphandlingsskadeavgift och att möjligheten för Konkursverket att föra talan om upphandlingsskadeavgift har funnits länge och att det därför finns väl etablerade rutiner och en relativt omfattande rättspraxis till ledning. Flera av remiss-

instanserna framhåller att rättssäkerheten upprätthålls genom att Konkurrensverkets beslut kan överklagas. Även *Göteborgs universitet* tillstyrker, men framför att behovet av specialdomstol bör övervägas.

Flera remissinstanser avstyrker, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, *Sveriges advokatsamfund*, *Försvarets materielverk*, *Försvarets radioanstalt*, *Försvarmakten*, *Linköpings kommun*, *Lunds kommun*, *Malmö kommun*, *Migrationsverket*, *Nacka kommun*, *Region Jämtland Härjedalen*, *Region Skåne*, *Region Värmland*, *Skatteverket*, *Svensk kollektivtrafik*, *Sveriges kommuner och regioner (SKR)*, *Sveriges offentliga inköpare (SOI)* och *Västra Götalandsregionen*, och framför bl.a. följande. Beslut om upphandlingsskadeavgift bör av rättssäkerhetsskäl fastställas av domstol som första instans. Det finns vidare principiella betänkligheter mot att en myndighet ska bedöma en annan myndighets handlande. När det är fråga om en påstådd otillåten direktupphandling aktualiseras juridiska frågeställningar som bör avgöras av domstol i första hand. De utmaningar som kan vara förknippade med att samma myndighet ska upptäcka, utreda och besluta om överträdelser av upphandlingslagarna är inte närmare analyserade. Flera av remissinstanserna ifrågasätter även effektivitetsvinsterna med förslaget.

Advokatsamfundet anser att frågan om bevisbördans placering inte analyseras i promemorian, vare sig vad gäller Konkurrensverkets beslut om upphandlingsskadeavgift eller i förvaltningsrätt vid ett överklagande av ett sådant beslut. Några remissinstanser, däribland *Nacka kommun*, framför att det i sammanhanget inte spelar någon roll att ansvaret är strikt eftersom lagstiftningen ger utrymme för skönsmässiga bedömningar. Bland annat Arbetsförmedlingen och Migrationsverket anser att det har betydelse om den bakomliggande prövningen, som ligger till grund för upphandlingsskadeavgiften, har gjorts av domstol. Migrationsverket och *Advokatfirman Ulfsson* pekar på att det i kammarrättsavgörande uttalats att beviskravet är högre avseende sanktionsavgifter än vad som i övrigt gäller inom förvaltningsprocessen vilket talar för att domstol bör hantera upphandlingsskadeavgift som första instans. Advokatfirman Ulfsson ifrågasätter vidare om förslaget är förenligt med de EU-rättsliga reglerna om sådana prövningsorgan som kan besluta om alternativa sanktioner.

*Kungl. Tekniska högskolan* anser att förslaget är rimligt mot bakgrund av att Konkurrensverket får fatta beslut på andra områden men anser att det finns skäl att behålla nuvarande ordning i de fall Konkurrensverket inte med säkerhet kan utreda om en otillåten direktupphandling har gjorts. Även SKR, Region Skåne, Region Värmland och Skatteverket anser att en rimligare lösning är att Konkurrensverket endast får besluta om upphandlingsskadeavgift i de fall avgiften medges. *Göteborgs kommun* anser att effektivitetsvinster i stället kan uppnås genom att Konkurrensverket ges möjlighet att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall eller när det finns synnerliga skäl för eftergift.

Advokatfirman Kahn Pedersen efterlyser en analys av Konkurrensverkets handlingsutrymme när ett beslut om upphandlingsskadeavgift överklagas samt av processramens omfattning i ett sådant mål. Även advokatsamfundet efterfrågar en analys av prövningsramen vid överklagande av Konkurrensverkets beslut.

*Förvaltningsrätten i Linköping* anser att det bör övervägas om det inte också ska krävas att tillsynsmyndigheten, t.ex. genom ett ställningsta-

gande, anger på vilket sätt man bestämmer sanktionsavgiften. Även Skatteverket framför liknande synpunkter.

### **Skälen för regeringens förslag**

*Frågan om Konkurrensverket bör få besluta om upphandlingsskadeavgift och tidigare överväganden i samma fråga*

Den fråga som nu ska övervägas gäller om ordningen att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan från Konkurrensverket, prövar och beslutar i frågor som gäller upphandlingsskadeavgift ska ändras. I promemorian föreslås en sådan ändring av beslutsordningen. Promemorians förslag innebär att frågor om upphandlingsskadeavgift i stället ska prövas av tillsynsmyndigheten – dvs. Konkurrensverket – som första instans. Vidare föreslås att verkets beslut ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist och att det ska krävas prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätt.

I samband med införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift konstaterades att det inom många områden överlätits till den förvaltningsmyndighet som är verksam på området att påföra avgiftsskyldigheten (prop. 2009/10:180 del 1 s. 202). Frågan om samma ordning skulle gälla även för upphandlingsskadeavgift övervägdes men regeringen ansåg att det fanns vissa principiella betänkligheter mot att införa en sådan möjlighet i upphandlingssammanhang. Det faktum att en myndighet vid en sådan ordning bedömer en annan myndighets handlande talade enligt regeringen för att frågan skulle hanteras av domstol i stället. Ytterligare ett skäl för en prövning i domstol var enligt regeringen att bedömningen av om t.ex. en avtalsspärr har följts eller om en otillåten direktupphandling har gjorts, avgörs av domstol som första instans i målen om överprövning. Det ansågs därför att detsamma därmed borde gälla även vid påförande av upphandlingsskadeavgift.

*Konkurrensverket beslutar redan om sanktionsavgifter*

Det kan konstateras att det på andra områden har överlätits till Konkurrensverket att påföra avgiftsskyldighet. Förutom tillsynen över bl.a. lagarna om offentlig upphandling och valfrihetssystem har samma myndighet även tillsyn över konkurrenslagen (2008:579) och lagen (2021:579) om förbud mot otillbörliga handelsmetoder vid köp av jordbruks- och livsmedelsprodukter, som även brukar benämnas som lagen om otillbörliga handelsmetoder. Enligt konkurrenslagen gäller sedan den 1 mars 2021 att Konkurrensverket som första instans beslutar om konkurrensskadeavgift (3 kap. 5 § konkurrenslagen). Detsamma gäller sedan den 1 november 2021 för den sanktionsavgift som kan påföras enligt lagen om förbud mot otillbörliga handelsmetoder (20 §).

*Förhållandet mellan Konkurrensverkets beslut och en eventuell föregående domstolsprövning i ett mål om överprövning*

Som framgår ovan var ett skäl för bedömningen att påförande av upphandlingsskadeavgift skulle avgöras i domstol som första instans att bedömningen av om t.ex. en avtalsspärr har följts eller om en otillåten direktupphandling har gjorts, avgörs av domstol som första instans. Av praxis



följer dock att någon överprövning av den tidigare bakomliggande domen, i de fall en sådan finns, inte ska göras i ett efterföljande mål om upphandlingsskadeavgift (HFD 2014 ref. 49). I promemorian bedöms att detta förhållande mellan de två prövningarna bör gälla oavsett om Konkurrensverket ansöker om att avgift ska påföras av domstol eller om verket skulle besluta om avgift som första instans.

*Arbetsförmedlingen, Försvarets materielverk (FMV) och Migrationsverket* delar inte bedömningen i promemorian i denna del. Migrationsverket anför att det torde behöva göras en prövning av om en otillåten direktupphandling har genomförts för att säkerställa att skäl att påföra upphandlingsskadeavgift finns, utöver en prövning av avgiftens storlek. Regeringen delar dock bedömningen i promemorian att en ändrad beslutsordning inte innebär någon förändring av praxis i detta avseende. Konkurrensverket kommer däremot, i de fall någon tidigare domstolsprövning inte skett, att behöva visa att det finns förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift. Eftersom det saknas bestämmelser i upphandlingslagarna angående frågan om beviskrav och bevismedel ska allmänna förvaltningsrättsliga principer tillämpas.

*Konkurrensverket har en mycket hög bifallsfrekvens vid ansökningar om upphandlingsskadeavgift*

Beträffande lämpligheten i att en myndighet bedömer en annan myndighets handlande konstateras i promemorian att den nuvarande tillsynen av den offentliga upphandlingen inte enbart resulterar i ansökningar om upphandlingsskadeavgift, utan även i s.k. tillsynsbeslut. I sina tillsynsbeslut riktar Konkurrensverket kritik mot den upphandlande myndighetens eller enhetens agerande. Redan i denna verksamhet bedömer således verket en annan myndighets handlande även om någon sanktion inte påförs. Det konstateras vidare att det finns flera andra tillsynsområden där myndigheter bedömer andra myndigheters handlande. En sådan ordning gäller inom exempelvis Integritetsskyddsmyndighetens, Säkerhets- och integritetsskyddsnämndens och Riksarkivets tillsynsområden, se 6 kap. 1 och 2 §§ lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning, 1 § lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet och 7 § arkivlagen (1990:782). Regeringen konstaterar att det alltjämt finns tveksamheter vad gäller lämpligheten att en myndighet bedömer en annan myndighets handlande. I förevarande fall rör det sig dock om en situation då en tillsynsmyndighet bedömer andra myndigheter i deras egenskap av upphandlande myndigheter och hur de följer sina skyldigheter enligt upphandlingslagstiftningen. Det skiljer sig enligt regeringens mening från situationen då en myndighet bedömer en annan myndighets agerande i dess huvudsakliga uppgifter. Vad gäller upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet enligt LUFSS kan dock konstateras att t.ex. FMV har som huvudsaklig uppgift att anskaffa varor, tjänster och byggentreprenader inom materieförsörjningsområdet och att sådan anskaffning därmed utgör en av myndighetens huvudsakliga uppgifter. Även för Försvarmaktens ingår i myndighetens huvudsakliga uppgifter att anskaffa bl.a. varor och tjänster. Regeringen konstaterar därmed att det på försvars- och säkerhetsområdet inte lika övertygande kan argumenteras för att det är lämpligt att ge tillsynsmyndigheten befogenhet

att besluta om upphandlingsskadeavgift. Även i andra avseenden finns det skillnader mellan upphandlingar på detta område jämfört med upphandlingslagstiftningen i övrigt. Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet har särskilda förutsättningar. LUFSS tillämpas på upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet avseende bl.a. militär utrustning och byggentreprenader och tjänster som är särskilt avsedda för militära syften, vilket förutsätter en lagstiftning som passar för just detta ändamål. LUFSS skiljer sig från övriga upphandlingslagar på flera sätt och ger förutsättningar för ett starkare och för ändamålet anpassat skydd för upphandlingsföremålet. Regeringen bedömer mot denna bakgrund att allmänna förvaltningsdomstolar även fortsatt, efter ansökan från Konkurrensverket, ska få besluta om upphandlingsskadeavgift vid överträdelser av LUFSS.

*Advokatfirman Ulfsson* anser inte att det är relevant att det finns andra tillsynsområden där myndigheter bedömer andra myndigheters handlande eftersom det i fråga om upphandlingsskadeavgift är fråga om en sanktionsavgift och eftersom förslaget riskerar att påverka bevisbördans placering. Avsikten med förslaget är dock inte att ändra på bevisbördan. Regeringen konstaterar vidare att sanktionsavgifter även beslutas vid överträdelse av lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning (6 kap. 2 §).

Av promemorian framgår att bifallsfrekvensen avseende Konkurrensverkets ansökningar till domstol om upphandlingsskadeavgift är mycket hög. Av de 132 domar om upphandlingsskadeavgift som fick laga kraft mellan 2014 och 2019 beslutade domstolarna att helt eller delvis bifalla ansökan om upphandlingsskadeavgift i 123 mål, dvs. i drygt 90 procent av fallen. Av Konkurrensverkets rapport Statistik om offentlig upphandling 2020 så framgår att av de 28 mål om upphandlingsskadeavgift som under 2019 avgjordes i allmän förvaltningsdomstol vann 25 av Konkurrensverkets ansökningar fullt bifall (Konkurrensverket 2020:5 s. 174). I några av dessa mål hade den upphandlande myndigheten redan under utredningens gång gått med på att en överträdelse av upphandlingsbestämmelserna skett. För dessa myndigheter skulle en annan beslutsordning än den nuvarande innebära en tidsvinst, eftersom en domstolsprocess därigenom kan undvikas. Enligt vad *Konkurrensverket* framför beslutade domstolarna under 2021 dom i 31 ärenden om upphandlingsskadeavgift. I 29 av dem bifölls Konkurrensverkets talan i sin helhet, i två ärenden sattes avgiften ned. Inte i något fall avslogs Konkurrensverkets talan i sin helhet.

Den höga bifallsfrekvensen innebär visserligen inte, precis som *Advokatfirman Ulfsson* anför, att verkets uppfattning alltid är korrekt. Regeringen bedömer däremot, liksom bl.a. *Företagarna*, att bifallsfrekvensen är tillräckligt hög för att motivera att Konkurrensverket som första instans får besluta om upphandlingsskadeavgift. *Skatteverket* anför att förutsättningarna helt ändras med föreslagen lagstiftning eftersom nuvarande ordning innebär ett naturligt filter för Konkurrensverket då mål måste lyftas till domstol. Regeringen delar inte den uppfattningen eftersom den nya ordningen inte innebär någon ändring vad gäller de krav som ställs på Konkurrensverket i detta avseende. Det är fortfarande Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för en

upphandlingsskadeavgift och beviskraven är oförändrade. Förslaget innebär inte någon lättnad i det avseendet.

#### *En ändrad beslutsordning kan leda till effektivitetsvinster*

När det gäller de effektivitetsvinster som kan uppkomma genom att tillsynsmyndigheten själv fattar beslut framgår av promemorian att det inte är ovanligt att de upphandlande myndigheter och enheter som är föremål för tillsyn först i samband med domstolsprövningen för fram alla relevanta fakta för bedömningen av den påstådda överträdelsen. Konkurrensverket framför därför att en beslutanderätt för myndigheten kan, utifrån erfarenheterna från konkurrenstillsynen, ha en positiv inverkan på tillsynsobjektens incitament att samarbeta under utredningen. Även Företagarna framhåller att förslaget bidrar till att öka incitamenten för tillsynsobjekten att samarbeta i ett tidigare skede, i stället för att vänta med att presentera relevant fakta först i domstolsprocessen. Skatteverket ser dock en risk att upphandlande myndigheter avstår från att överklaga till domstol då en domstolsprocess riskerar att ta för mycket resurser i anspråk. Redan med gällande ordning måste dock upphandlande organisationer som blir föremål för en ansökan om upphandlingsskadeavgift bemöta Konkurrensverkets ansökan i domstol. Det tillkommande momentet är således att den upphandlande organisationen behöver överklaga beslutet. Det finns i detta avseende åter skäl att betona att förslaget inte innebär någon ändring avseende bevisbördans placering. Regeringen finner därmed inte skäl för antagandet att upphandlande myndigheter eller enheter skulle avstå från att överklaga ett beslut som de anser vara felaktigt.

Konkurrensverket framför vidare att erfarenheter från konkurrensrätten visar att överklaganden av beslut inte alltid omfattar hela beslutet, utan i stället delar av beslutet. Därmed kan efterföljande domstolsprocesser effektiviseras genom att omfatta de frågor som är omtvistade och inte de frågor där parterna är överens. Regeringen delar därmed, i likhet med bl.a. *Arbetsgivarverket*, *Upphandlingsmyndigheten*, *Kommerskollegium* och Konkurrensverket och i motsats till bl.a. *Sveriges advokatsamfund* och Arbetsförmedlingen, bedömningen i promemorian att förslaget kan medföra effektivitetsvinster för såväl Konkurrensverket som domstolarna. Som framgår ovan kan den nya beslutsordningen i vissa fall även medföra effektivitetsvinster för de upphandlande myndigheter och enheter som är föremål för tillsynen, t.ex. i sådana situationer där myndigheten eller enheten går med på att en överträdelse skett. Effektivitetsvinsterna skulle begränsas om förslaget, såsom bl.a. *Göteborgs kommun*, *Kungl. Tekniska högskolan (KTH)* och *Region Värmland* föreslår, Konkurrensverket endast skulle få besluta om upphandlingsskadeavgift i de fall avgiften medges eller om verket endast skulle ges möjlighet att avstå från att ansöka om sådan avgift vid bl.a. ringa fall.

#### *Konkurrensverkets roll att både utreda och besluta*

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift bygger på ett strikt ansvar, vilket innebär att det varken krävs uppsåt eller oaktsamhet för att avgift ska kunna beslutas (prop. 2009/10:180 s. 192). *Västra Götalandsregionen (VGR)* framför att mer skönsmässiga bedömningar kommer att behöva göras om tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift utvidgas. Som

framgår av avsnitt 5.3 föreslår regeringen dock ingen utvidgning av tillämpningsområdet. Vid bedömningen av om en otillåten direktupphandling har skett kan det visserligen aktualiseras juridiska frågeställningar, bl.a. frågan om något undantag från annonseringsplikten är tillämpligt. Även om sådana bedömningar kan vara komplicerade kan de inte beskrivas som skönsmässiga. Bifallsfrekvensen avseende Konkurrensverkets ansökningar till domstol om upphandlingsskadeavgift bekräftar enligt regeringens mening till viss del detta. Regeringen bedömer i motsats till bl.a. *Region Skåne* inte att den omständigheten talar emot en ändrad beslutsordning. Regeringen anser inte heller, i motsats till bl.a. *Region Skåne* och *VGR*, att bedömningen av om det finns en rättslig och saklig grund för upphandlingsskadeavgift är en fråga som endast lämpar sig till domstolar.

Några remissinstanser, t.ex. *Karolinska institutet*, framför att det är problematiskt att Konkurrensverket blir både utredande och beslutande instans. Det kan konstateras att den ordningen att verket både utreder och beslutar har gällt sedan 1993 på konkurrensområdet (prop. 2020/21:51 s. 55). Som framgår ovan är vidare Konkurrensverket sedan mars 2021 respektive november 2021 både utredande och beslutande instans gällande såväl konkurrensskadeavgift (3 kap. 5 § konkurrenslagen) som för den sanktionsavgift som kan påföras enligt lagen om förbud mot otillbörliga handelsmetoder (20 §). Detta talar enligt regeringen för att Konkurrensverket är förtrogen med innebörden av att vara såväl utredande som beslutande instans. Regeringen delar *Förvaltningsrätten i Linköpings* uppfattning att Konkurrensverket kan behöva tydliggöra exempelvis vilka överväganden som görs vid beslutande av sanktionsavgift avseende de olika överträdelse som kan komma att bli föremål för upphandlingsskadeavgift. Det är Konkurrensverkets ansvar att, på det sätt som myndigheten anser lämpligt, ta fram sådan vägledning.

Ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna följs, vilket i sin tur syftar till att skattemedlen används på ett korrekt sätt (prop. 2009/10:180 del 1 s. 196). Som *Svenskt näringsliv* framför främjar upphandlingslagstiftningen konkurrens och motverkar korruption, jäv och andra oegentligheter. Promemorians förslag om att utvidga tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift (avsnitt 5.3) och att utvidga kretsen till vilka utredningsförelägganden kan riktas till (avsnitt 5.6.2) genomförs inte.

#### *Det bedöms inte finnas några rättsliga hinder mot en ändrad beslutsordning*

Sveriges advokatsamfund anser att det inte gjorts någon analys av om förslaget är förenligt med de krav på rättssäkerhet som följer av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, förkortad Europakonventionen, och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, förkortad 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. Regeringen bedömer att upphandlingsskadeavgift kan vara att betrakta som ett straff i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. Det innebär att de rättigheter

som framgår av artikeln är tillämpliga i sådana fall som advokatsamfundet nämner. Förslaget innebär att Konkurrensverket kommer ges utökad befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift. I förfarandet kommer förvaltningslagen vara tillämplig. Motsvarande ordning gäller i dag för konkurrensskadeavgift. Regeringen bedömer att det nu aktuella förslaget uppfyller kraven på rättssäkerhet i EU:s rättighetsstadga och konventionen (prop. 2020/21:51 s. 64–67). Det kan konstateras att förvaltningslagen innehåller bestämmelser som säkerställer rättssäkerheten för parter på olika sätt. Regeringen bedömer således att en utökad beslutanderätt för Konkurrensverket inte står i strid med EU:s rättighetsstadga eller med Europakonventionen.

Rättsmedlen på upphandlingsområdet regleras i den svenska lagstiftningen i 20 och 21 kap. lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna respektive 16 och 17 kap. lagen om upphandling av koncessioner. Vid sidan av de processuella reglerna i upphandlingslagstiftningen finns bestämmelser om handläggningen i allmän förvaltningsdomstol i förvaltningsprocesslagen. *Advokatfirman Kahn Pedersen* efterlyser en analys av Konkurrensverkets handlingsutrymme när ett beslut om upphandlingsskadeavgift överklagas samt av processramens omfattning i ett sådant mål. Förslaget innebär emellertid inte några ändringar vad gäller processramens omfattning eller rättsmöjligheter att beakta nya omständigheter eller bevis. Det kan, med anledning av den ändrade beslutsordningen, visserligen uppstå situationer som åtminstone inte fullt ut har berörts i tidigare praxis. Regeringen anser dock att det är lämpligast att sådana frågor lämnas till rättstillämpningen att avgöra.

Vad gäller de synpunkter som framförs om rättssäkerheten bedömer regeringen, i likhet med bl.a. *Kungsbacka kommun*, KTH och Upphandlingsmyndigheten, att den upprätthålls genom att Konkurrensverkets beslut kan överklagas till domstol.

Advokatfirman Ulfsson framför att det är tveksamt om en ändrad beslutsordning är förenlig med 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 (första rättsmedelsdirektivet) 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 (andra rättsmedelsdirektivet), i deras lydelse enligt Europaparlamentets 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). Av artikel 2.9 i ändringsdirektivet följer att ett behörigt prövningsorgan i direktivets mening inte behöver vara en domstol. Regeringen delar därför, liksom bl.a. Sveriges advokatsamfund, bedömningen i promemorian att det är förenligt med direktivet att låta tillsynsmyndigheten som första instans fatta beslut om upphandlingsskadeavgift.

### *En ändrad beslutsordning bör införas*

Sammanfattningsvis delar regeringen bedömningen i promemorian att bl.a. effektivitetsskäl talar för en ny beslutsordning i LOU, LUF och LUK. Det har överlåtits till Konkurrensverket att påföra avgiftsskyldighet på andra områden, bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift bygger på strikt ansvar och rättssäkerheten upprätthålls genom att Konkurrensverkets beslut kan överklagas till domstol. Vid sin tillsyn granskar Konkurrensverket vidare andra myndigheter i deras egenskap av att vara upphandlande myndigheter och hur de följer upphandlingsregelverket och därmed inte deras kärnverksamheter. Konkurrensverket bör därför kunna fatta beslut om upphandlingsskadeavgift som första instans vid överträdelser av LOU, LUF och LUK. Verkets beslut bör få överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

### *Besluten bör prövas av samtliga förvaltningsdomstolar*

En uttalad målsättning vid utformning av forumregler har länge varit att dessa i allmän förvaltningsdomstol bör anknyta till var den enskilde finns och inte var den beslutande myndigheten är belägen (prop. 2012/13:45 s. 86). Det har tidigare bedömts att mål om upphandlingsskadeavgift inte bör specialdestineras till en viss förvaltningsrätt utan hanteras av den domstol som har prövat eller skulle ha prövat ett mål om överprövning avseende den aktuella upphandlande myndigheten eller enheten (prop. 2009/10:180 del 1 s. 203 och 204). *Göteborgs universitet* framför dock att behovet av specialdomstol bör övervägas ytterligare. Regeringen konstaterar att något sådant utrymme inte finns inom ramen för detta lagstiftningsärende. Regeringen delar, liksom Advokatfirman Ulfsson, bedömningen i promemorian att beslut om upphandlingsskadeavgift därför bör överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Liksom tidigare bör det krävas prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

## **5.1.2 När ska tillsynsmyndigheten som utgångspunkt vara skyldig att besluta om upphandlingsskadeavgift?**

**Regeringens förslag:** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Detsamma ska gälla om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

I övriga fall som upphandlingsskadeavgift kan påföras ska tillsynsmyndigheten få besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Vidare ska eftergift få beviljas, om det finns synnerliga skäl.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig över förslaget. *Advokatfirman Ulfsdotter, Sveriges advokatsamfund, Linköpings kommun, Region Jämtland Härjedalen och SKR* tillstyrker förslaget att det fortfarande ska finnas möjlighet att inte besluta om upphandlingsskadeavgift i ringa fall och att eftergift ska få beviljas om det finns synnerliga skäl.

**Skälen för regeringens förslag:** Konkurrensverket har för närvarande en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift i de fall allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Detsamma gäller om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Denna ordning grundar sig på Sveriges genomförande av ändringsdirektivet. Av artikel 2e i ändringsdirektivet följer att medlemsstater i vissa situationer får välja mellan att föreskriva antingen ogiltighet eller alternativa sanktioner. För att säkerställa att kraven i artikel 2e i ändringsdirektivet uppfylls har tillsynsmyndigheten i dessa fall en skyldighet att ansöka om en alternativ sanktion i form av upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 del 1 s. 189). Om det rör sig om ringa fall ska dock domstolen inte besluta om avgift och avgiften får vidare efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § andra stycket LOU).

Regeringen delar bedömningen i promemorian att de skäl som motiverat denna ordning fortfarande gör sig gällande. Konkurrensverket bör således, i stället för en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift, som utgångspunkt ha en skyldighet att besluta om upphandlingsskadeavgift i dessa fall. I övriga fall som upphandlingsskadeavgift kan påföras bör dock beslutanderätten vara fakultativ för Konkurrensverket, på motsvarande sätt som enligt dagens regler som anger att myndigheten får ansöka om sådan sanktionsavgift.

Regeringen anser, i likhet med promemorian, att det även fortsättningsvis bör finnas ett generellt undantag för ringa fall. Även remissinstanser som är kritiska till den ändrade beslutsordningen som föreslås i avsnitt 5.1, t.ex. *Advokatfirman Ulfsdotter* och *Sveriges advokatsamfund*, tillstyrker att det fortfarande ska finnas möjlighet att inte besluta om upphandlingsskadeavgift i sådana situationer. På samma sätt som i dag bör det dock endast vara i rena undantagsfall som en överträdelse anses vara ringa. På motsvarande sätt bör det även fortsättningsvis finnas en generell möjlighet att bevilja eftergift när det finns synnerliga skäl (prop. 2009/10:180 del 1 s. 198).

## 5.2 Dokumentationsskyldigheten förenas med en tidsfrist

<p><b>Regeringens förslag:</b> En upphandlande myndighet eller enhet ska löpande dokumentera genomförandet av en upphandling som genomförs enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Dokumentationen ska vara slutförd senast 30</p>
--

dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats.

Skyldigheten i lagen om offentlig upphandling att upprätta en individuell rapport ska vara slutförd senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats.

Lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas enligt regelverket för upphandling inom försörjningssektorerna ska finnas tillgänglig senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats.

**Promemorians förslag** överensstämmer i stora delar med regeringens. I promemorian föreslås inte förtydligandet att en upphandlande myndighet eller enhet löpande ska dokumentera genomförandet av en upphandling. I promemorian föreslås vidare att även dokumentationsplikten i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska förenas med en tidsfrist.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som yttrar sig, däribland *Almega*, *Sveriges advokatsamfund*, *Konkurrensverket*, *Kungl. Tekniska högskolan*, *Kungsbacka kommun*, *Malmö kommun*, *Skatteverket*, *Svenskt näringsliv*, *Upphandlingsmyndigheten* och *Västra Götalandsregionen*, tillstyrker förslaget eller har inte några invändningar. *Transparency international* anser att förslaget är den viktigaste åtgärden för att nå ökad tydlighet kring systematik och förbättrad dokumentation och anser att förslaget kan bidra till att förtroendet för den offentliga upphandlingen stärks. Flera remissinstanser, däribland *Företagarna* och *Göteborgs kommun*, anser att fristen om 30 dagar är väl avvägd. *Företagarna* anser vidare att införandet av en bortre tidsfrist kommer att bidra till att förbättra följsamheten och ge leverantörer bättre förutsättningar att ta del av information om beslut som fattas under upphandlingens gång.

*Advokatfirman Kahn Pedersen* tillstyrker förslaget om att förena dokumentationsskyldigheten med en tidsfrist men anser att en frist om tre månader vore mer välavvägd. *Stockholms universitet* instämmer i att brister i eller avsaknad av dokumentation medför risker för oegentligheter och minskar spårbarhet och öppenhet men ser även att förslaget ur de upphandlande myndigheternas perspektiv medför ytterligare administrativa uppgifter som kan försvåra möjligheterna att planera och genomföra verksamheten effektivt.

Flera remissinstanser, däribland *Affärsverket svenska kraftnät*, *Arbetsförmedlingen* och *Linköpings kommun*, avstyrker förslaget. *SKR* och *Linköpings kommun* anser inte att det har framkommit att upphandlande myndigheter och enheter brister beträffande dokumentationsskyldigheten och framför att det inte heller finns någon koppling mellan denna skyldighet och myndigheternas uppföljning. *SOI* understryker vikten av att dokumentera och framför att dokumentationen bör ske löpande. *SOI* avstyrker dock förslaget och anser att det i stället ska anges att dokumentationsplikten bör fullgöras senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats. *Strömsunds kommun* anser att fristen om 30 dagar är för kort tid för mindre kommuner som inte har nog med resurser för att hinna med. Kommunen anser att fristen i stället bör vara 60 dagar. *Moll Wendén advokatbyrå* och *Advokatfirman Ulfs-*



*dotter* anser att förslaget kan leda till att upphandlande myndigheter och enheter får uppfattningen att de kan avvakta med dokumentationen och framhåller att förslaget även i vissa avseenden skulle riskera att försämra leverantörers rätt till en effektiv prövning. Detta eftersom en upphandlande myndighet skulle kunna hänvisa till att fristen ännu inte har löpt ut om en leverantör skulle vilja ta del av dokumentationen under en pågående upphandling för att se över sina möjligheter till överprövning. Moll Wendén advokatbyrå anser, för det fall förslaget genomförs, att det bör införas ett förtydligande av att dokumentationsplikten fortfarande ska fullgöras löpande. Även Konkurrensverket anser att det i författningen bör anges att dokumentationen ska ske löpande.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *Vikten av bra dokumentation*

Det framgår redan av upphandlingslagstiftningen att upphandlande myndigheter och enheter är skyldiga att dokumentera genomförandet av sina upphandlingar. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen är viktig av flera anledningar. Brister i eller avsaknad av dokumentation om upphandlingar medför, som bl.a. *Konkurrensverket* och *Stockholms universitet* anför, en ökad risk för oegentligheter och otillbörlig påverkan. Spårbarhet och öppenhet i beslutsfattandet i upphandlingsförfarandena är således av avgörande betydelse för att kunna säkerställa att sunda förfaranden används, vilket även inbegriper effektiv bekämpning av korruption och bedrägeri (se skäl 126 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, LOU-direktivet). För att det ska finnas möjlighet till en fungerande rättslig prövning av en upphandling för leverantörer förutsätts vidare att dessa får information om beslut som fattas under upphandlingen, att genomförandet av upphandlingen dokumenteras och att dokumentationen bevaras (prop. 2021/22:5 s. 137). En bra dokumentation möjliggör för leverantörer och utomstående aktörer att bedöma om upphandlande myndigheter och enheter följer de avtal som ingåtts och det regelverk som styr direktupphandlingar. Som *Kungl. Tekniska högskolan* framför är det även viktigt för upphandlande myndigheter och enheter med den spårbarhet och öppenhet som uppstår genom en tydlig dokumentation.

Regeringen delar promemorians uppfattning att brister i eller avsaknad av dokumentation om upphandlingar avsevärt försvårar möjligheten för upphandlande myndigheter och enheter att göra uppföljningar av inköp och att avgöra om inköp överstiger direktupphandlingsgränsen. I motsats till vad bl.a. *SKR* framför finns det enligt regeringens mening därför en koppling mellan dokumentationsskyldigheten och upphandlande myndigheters och enheters uppföljningar. För att kunna planera och följa upp inköp behöver det finnas samlad information. En bra dokumentation medför bl.a. att upphandlande myndigheter och enheter kan kontrollera att leverantörerna följer de priser och övriga villkor som följer av avtalet. Det möjliggör även kontroll av om det förekommer inköp vid sidan om avtalet. Dokumentationsskyldigheten är vidare en förutsättning för en effektiv tillsyn och säkerställer att beslutsfattare, forskare och medborgare får del

av rättvisande information. Regeringen delar promemorians uppfattning att det således finns starka skäl att tillse att den dokumentationsskyldighet som följer av upphandlingslagarna följs av upphandlande myndigheter och enheter.

Med dokumentationsskyldighet avses här dels vad som följer av dokumentationsplikten i 12 kap. 14 §, 19 kap. 22 § och 19 a kap. 11 § LOU, 12 kap. 14 §, 19 kap. 22 § och 19 a kap. 10 § LUF samt 10 kap. 14 § och 15 kap. 9 § LUK, dels skyldigheten att upprätta individuella rapporter enligt 12 kap. 15 § LOU respektive skyldigheten att bevara lämplig information enligt 12 kap. 15 § LUF. Av nämnda bestämmelser framgår i nuläget inte vid vilken tidpunkt skyldigheten att dokumentera en upphandling ska vara uppfylld. Någon tidsfrist anges inte heller i de kompletterande bestämmelserna i upphandlingsförordningen (2016:1162) eller i bestämmelserna i de bakomliggande direktiven som genomförs.

#### *En bortre gräns för när dokumentationen senast ska vara fullgjord bör införas*

Statskontorets rapport Offentlig direktupphandling, En utvärdering av 2014 års regeländringar (Statskontoret 2022:6) visar att upphandlande myndigheter och enheter i mycket hög utsträckning dokumenterar direktupphandlingar. Det kan antas att motsvarande gäller även avseende övriga upphandlingar. Även om dokumentationsplikten i hög utsträckning redan följs anser regeringen att, i motsats till vad bl.a. SKR anför, det finns skäl att tydliggöra senast vid vilken tidpunkt upphandlande myndigheter och enheter ska ha fullgjort sina skyldigheter i det avseendet. En sådan tidsfrist kan, som *Göteborgs kommun* framför vara till fördel för de upphandlande myndigheterna och enheterna eftersom den tydliggör vilket ansvar de har i dessa avseenden. Tidsfristen kan även underlätta för Konkurrensverket vid tillsynen av att såväl bestämmelserna om dokumentation som upphandlingsbestämmelserna i övrigt följs.

Regeringen anser, i likhet med *Upphandlingsmyndigheten*, att den nuvarande ordningen i princip ger uttryck för att den upphandlande myndigheten kan fullgöra sina skyldigheter inom en oinskränkt tidsrymd. Eftersom dokumentationsskyldigheten redan finns anser regeringen inte, till skillnad från Stockholms universitet och *Affärsverket svenska kraftnät*, att införandet av en tidsfrist medför ytterligare administrativa uppgifter. Regeringen instämmer därför i bedömningen i promemorian att det bör införas en bortre gräns för när dokumentationsplikten senast ska vara fullgjord. Eftersom beslutsordningen inte ändras för upphandlingar som genomförs enligt LUFs bedömer regeringen att inte heller övriga förslag i promemorian bör genomföras i LUFs. Det innebär att dokumentationsplikten i LUFs inte förenas med en bortre tidsgräns.

Utgångspunkten för dokumentationsplikten torde vara att den bör ske löpande eftersom den hänför sig till upphandlingens samtliga skeden. Detta inbegriper dokumentation om kommunikation med leverantörer, interna överläggningar, utformning av upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger och förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt (prop. 2015/16:195 s. 675). Införandet av en bortre tidsfrist får inte, såsom bl.a. *Moll Wendén advokatbyrå* och *Advokatfirman Ulfsdotter* lyfter fram, riskera att leda till att upphandlande myndigheter och enheter

avvaktar med att fullgöra sin dokumentationsskyldighet. Regeringen bedömer därför, i likhet med *Konkurrensverket* och Moll Wendén advokatbyrå, att det i författningen även bör anges att dokumentationen ska ske löpande.

*Vad är en lämplig tidsfrist för fullgörandet av dokumentationsplikten?*

I syfte att undvika att införa flera olika tidsfrister kan ledning hämtas från skyldigheter som i dag är förenade med en tidsfrist, t.ex. reglerna om efterannonsering. En efterannons ska skickas senast 30 dagar efter det att ett avtal eller ramavtal ingicks alternativt, om kontrakt tilldelats enligt ett dynamiskt inköpssystem, senast 30 dagar efter tilldelningen av varje sådant kontrakt. Regeringen delar, till skillnad från bl.a. *Advokatfirman Kahn Pedersen* och *Strömsunds kommun*, bedömningen i promemorian att en lämplig tidsfrist för fullgörandet av dokumentationsskyldigheten i upphandlingslagarna är 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av en upphandling har fattats.

### 5.3 Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift

<b>Regeringens bedömning:</b> Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift bör inte utvidgas.
--

**Promemorians förslag** överensstämmer inte med regeringens bedömning. I promemorian föreslås att upphandlingsskadeavgift även ska få beslutas när upphandlande myndigheter och enheter inte har följt sina skyldigheter enligt bestämmelserna i upphandlingslagarna om efterannonsering, publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas, dokumentationsplikt, individuella rapporter och protokoll och motiveringsskyldighet.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som yttrar sig, däribland *Advokatfirman Ulfsson*, *Sveriges advokatsamfund*, *Arbetsförmedlingen*, *Försvarmakten*, *Moll Wéndén advokatbyrå*, *Region Jämtland Härjedalen*, *Region Skåne*, *Region Värmland*, *Skatteverket*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *SKR* och *SOI* avstyrker förslaget. Exempelvis *Polismyndigheten* och *Göteborgs kommun* anför att det för överträdelser av skyldigheter av detta slag är tillräckligt att *Konkurrensverket* riktar kritik i ett tillsynsbeslut. De anför bl.a. att förslaget är oproportionerligt och inte tillräckligt utrett. Flera remissinstanser påpekar att avgiften är en sanktion avsedd för allvarliga brott som inte bör utgå för förseelser av administrativ karaktär. Några remissinstanser, bl.a. *Stockholms universitet*, anser att det krävs en betydligt mer grundlig analys av hur omfattande bristerna är, vilka konsekvenserna är av den bristande följsamheten samt skälet till att myndigheterna brister i följsamhet.

*Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker förslaget vad gäller efterannonsering och publicering av annonser. Vad gäller dokumentationsplikten och motiveringsskyldigheten framhåller myndigheten dock att det rör sig om skyldigheter som inte är närmare reglerade vilket innebär att det är oklart vad som förväntas av de upphandlande organisationerna för att uppfylla

skyldigheterna. Även andra remissinstanser, däribland *Malmö kommun* framför att vad som exempelvis utgör en bristfällig dokumentation är en subjektiv bedömning. Göteborgs kommun och *Försvarets radioanstalt* pekar på att det av en rapport från Statskontoret framgår att upphandlande myndigheter i hög grad uppfyller dokumentationsplikten när det gäller direktupphandlingar varför det kan ifrågasättas om det finns skäl för förslaget.

Några remissinstanser, däribland *Företagarna*, *Konkurrensverket*, *Kungsbacka kommun* och *Transparency international* tillstyrker förslaget. *Transparency international* vill därutöver att det genomförs ytterligare åtgärder för att öka insynen i den offentliga upphandlingen. *Kungl. Tekniska högskolan* och *Migrationsverket* anser att det är rimligt att någon form av handlingsstyrande åtgärd införs avseende de aktuella skyldigheterna men är tveksamma till om upphandlingsskadeavgift är den mest lämpliga åtgärden.

Bland såväl de remissinstanser som avstyrker som de som är positiva till förslaget framförs önskemål om förtydliganden om hur avgiftens storlek i dessa fall ska fastställas. *Strömsunds kommun* framför att det är oklart hur förslaget ska tillämpas i praktiken om den upphandlande myndigheten i en och samma upphandling bryter mot flera bestämmelser som kan medföra upphandlingsskadeavgift.

### **Skälen för regeringens bedömning**

*Ett utvidgat tillämpningsområde för upphandlingsskadeavgiften kan leda till ökad insyn i den offentliga upphandlingen*

I Konkurrensverkets tillsyn över den offentliga upphandlingen har ett antal skyldigheter identifierats där följsamheten av reglerna brister och som typiskt sett inte blir föremål för överprövning. Det gäller kravet på efterannonsering, publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas, motiveringsskyldighet, dokumentationsplikt, skyldigheten att upprätta individuella rapporter och bevarande av information om upphandlingsförfaranden.

När det gäller överträdelser av de nämnda skyldigheterna kan Konkurrensverket för närvarande bara fatta ett tillsynsbeslut med förhoppningen att den upphandlande myndigheten eller enheten löser bristen genom själv rättelse eller genom att inte upprepa samma fel vid nästa upphandling. Regeringen delar *Konkurrensverkets* uppfattning att ett genomförande av förslagen i promemorian skulle innebära att ett antal överträdelser som påverkar insynen och förutsägbarheten i den offentliga upphandlingen kan beivras på ett mer effektivt sätt. I promemorian föreslås att upphandlingsskadeavgift även ska få beslutas när en upphandlande myndighet eller enhet inte följer sina skyldigheter i upphandlingslagarna i dessa avseenden. Frågan är dock om en sådan utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift är proportionerlig och lämplig.

### *Upphandlingsskadeavgiftens syfte är att säkerställa att upphandlingsbestämmelserna följs*

Ett av syftena med upphandlingsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna följs, vilket i sin tur syftar till att skattemedlen används på ett korrekt sätt (prop. 2009/10:180 del 1 s. 196).

I avsnitt 4 redogörs mer ingående för i vilka situationer allmän förvaltningsdomstol enligt gällande rätt kan besluta om upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgift kan beslutas i de fall där allmän förvaltningsdomstol i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterat att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I sådana fall kräver rättsmedelsdirektiven i deras lydelse enligt ändringsdirektivet att en alternativ sanktion påförs den upphandlande myndigheten som har ingått det aktuella avtalet. Ändringsdirektivets krav på alternativ sanktion har i svensk rätt genomförts genom bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgift kan även aktualiseras som sanktion vid övriga fall av otillåtna direktupphandlingar. Otillåtna direktupphandlingar har av såväl unionslagstiftaren som nationellt ansetts vara en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen (se skäl 13 i ändringsdirektivet och prop. 2009/10:180 del 1 s. 179 och 187).

### *Dokumentationsplikten är inte närmare reglerad*

Beträffande dokumentationsplikten har regeringen tidigare bedömt att någon sanktion inte ska vara kopplad till detta krav (prop. 2013/14:133 s. 21–24). Regeringen aviserade dock att en utvärdering av reglerna om dokumentationsplikt borde ske (samma prop. s. 24). Statskontoret fick i uppdrag att utvärdera effekterna av de förändrade reglerna för direktupphandling (Fi2021/02328). Uppdraget redovisades till regeringen den 8 april 2022. Statskontorets rapport visar att upphandlande myndigheter och enheter i mycket hög utsträckning dokumenterar direktupphandlingar. Statskontoret finner sammanfattningsvis att de upphandlande myndigheterna och enheterna i stort sett följer Konkurrensverkets vägledning när det gäller hur de ska dokumentera sina direktupphandlingar. Regeringen finner inte skäl att anta att upphandlande myndigheter och enheter dokumenterar övriga upphandlingar i en lägre omfattning än direktupphandlingar. Det finns således inte någon betydande brist på följsamhet av dokumentationsplikten. I likhet med vad vissa remissinstanser framför finns det därför skäl att ifrågasätta om det finns tillräckliga skäl för en utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift till att gälla även dokumentationsplikten.

Vad gäller dokumentationsplikt och motiveringsskyldighet är det dessutom så, som bl.a. *Stockholms universitet* och *Upphandlingsmyndigheten* framför, att dessa skyldigheter inte är närmare reglerade i författning eller föreskrift. Det innebär att det inte står helt klart för den upphandlande myndigheten eller enheten vad som förväntas för att de ska anses uppfylla nämnda skyldigheter. Som Upphandlingsmyndigheten framför skulle en utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften därför behöva avse dokumentationsskyldigheten i sig, och inte de bakomliggande materiella bedömningarna och rättsliga ställningstaganden som framgår av dokumentationen.

### *Det finns en bristande följsamhet gällande kravet på efterannonsering*

När det gäller kravet på efterannonsering har Konkurrensverkets tillsyn sedan tidigare visat att många upphandlande myndigheter och enheter helt låter bli att efterannonsera och att de efterannonseringar som genomförs i flertalet fall har betydande brister (Konkurrensverket 2017:6). Det kan befaras att den bristande följsamheten av reglerna om efterannonsering fortfarande består, vilket i sin tur påverkar såväl Upphandlingsmyndigheten i rollen som statistikmyndighet som Konkurrensverket i rollen som tillsynsmyndighet. Som *Konkurrensverket* anför minskar bristande efterannonsering även transparensen i de enskilda offentliga inköpen. Även Statskontoret konstaterar att det är ett problem att upphandlande myndigheter och enheter inte fullföljer kraven i upphandlingslagstiftningen på efterannonsering (Statskontoret 2022:11). Såvitt gäller efterannonsering är det således otillfredsställande att följsamheten av reglerna är låg. Statskontorets rekommendation är att Upphandlingsmyndigheten bör analysera vilka upphandlande myndigheter som inte uppfyller kraven om annonsering och efterannonsering av upphandlingar, och uppmärksamma dem på detta. Upphandlingsmyndigheten bör enligt Statskontoret även uppmärksamma Konkurrensverket på de myndigheter som trots påminnelser inte fullföljer kraven i upphandlingslagstiftningen.

Vad gäller övriga skyldigheter som i promemorian föreslås kunna bli föremål för upphandlingsskadeavgift finns det inte, såsom flera av remissinstanserna påpekar, underlag om hur stora bristerna är och vad en eventuell bristande följsamhet i så fall beror på. Det kan därför ifrågasättas om en utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften är den mest lämpliga åtgärden för att åstadkomma en högre följsamhet gällande dessa skyldigheter.

### *Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift bör inte utvidgas*

Regeringen bedömer visserligen att de aktuella skyldigheterna är viktiga av olika skäl, inte minst för att öka transparensen, följa upp följsamheten av upphandlingsreglerna och förbättra möjligheterna att granska genomförda upphandlingar. Regeringen bedömer emellertid, i likhet med flera av remissinstanserna, att det inte är proportionerligt att hantera överträdelse av de nu aktuella skyldigheterna på samma sätt som otillåtna direktupphandlingar. Otillåtna direktupphandlingar är en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Det finns dessutom, som bl.a. *Göteborgs kommun* och *Strömsunds kommun* påpekar, oklarheter vad gäller avgiftens storlek vid överträdelse av de nu aktuella skyldigheterna. Att beräkna beloppet på samma sätt för de föreslagna skyldigheter som för otillåtna direktupphandlingar skulle, som bl.a. *Sveriges advokatsamfund* och *Polismyndigheten* påpekar, vara oproportionerligt. Det framstår inte heller lämpligt att beräkna beloppet utifrån upphandlingens värde eftersom det kan leda till miljonbelopp för en överträdelse av mer administrativ karaktär, låt vara att skyldigheten i sig är viktig.

*Migrationsverket* framför att en mindre administrativ sanktionsavgift som i högre grad står i proportion till bristerna i stället skulle kunna övervägas som en möjlig sanktion vid överträdelse av de föreslagna skyldigheterna. Regeringen delar denna uppfattning om att en större följsamhet gällande de nu aktuella skyldigheterna skulle kunna åstadkommas genom

mindre ingripande åtgärder än ett utvidgat tillämpningsområde för upphandlingsskadeavgift. Regeringen bedömer inte att det är lämpligt att föreslå sådana andra åtgärder inom ramen för detta lagstiftningsärende. Inte heller finns det beredningsunderlag för att föreslå sådana ytterligare åtgärder för ökad insyn som *Transparency international* föreslår, t.ex. i form av ett nationellt upphandlingsregister. Regeringen bedömer mot denna bakgrund sammanfattningsvis att det i nuläget inte finns tillräckliga skäl att utvidga tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift. Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift bör därför fortfarande vara begränsat till de fall där domstol har bestämt att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse samt då en upphandlande myndighet eller enhet har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Det finns skäl att betona att det finns andra möjligheter att uppmärksamma överträdelser av skyldigheter i upphandlingslagarna än upphandlingsskadeavgift. Konkursverket kan exempelvis fortfarande använda sig av tillsynsbeslut och publicera ställningstaganden.

## 5.4 Taket för upphandlingsskadeavgiften höjs

**Regeringens förslag:** Det högsta belopp som en upphandlingsskadeavgift kan uppgå till ska höjas från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor i lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

**Promemorians förslag** överensstämmer till stor del med regeringens. I promemorian föreslås att det högsta belopp en upphandlingsskadeavgift kan uppgå till ska höjas även i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

**Remissinstanserna:** En majoritet av remissinstanserna, däribland *Almega*, *Moll Wendén advokatbyrå*, *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Umeå*, *Konkurrensverket*, *Kungl. Tekniska högskolan*, *Kungsbacka kommun*, *Strömsunds kommun*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *Svenskt näringsliv* och *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. Som skäl anförs bl.a. att förslaget skulle innebära en mer proportionerlig sanktion och att det finns ett behov av en höjning av upphandlingsskadeavgiften för att uppnå effektiva sanktioner mot överträdelser av upphandlingslagstiftningen. *Örebro kommun* framför att förslaget kommer att leda till en beteendeförändring hos upphandlande myndigheter och enheter. *Arbetsförmedlingen* anser att utredningen visar att dagens tak är för lågt och tillstyrker under förutsättning att allmän förvaltningsdomstol kommer att fatta beslutet om upphandlingsskadeavgift. Även *Migrationsverket* framför liknande synpunkter.

Flera remissinstanser avstyrker förslaget, däribland *Sveriges advokatsamfund*, *Försvarsmakten*, *Göteborgs kommun*, *Karolinska institutet*, *Malmö kommun*, *Nacka kommun*, *Polismyndigheten*, *Region Jämtland Härjedalen*, *Region Skåne*, *Skatteverket* och *Stockholms universitet*, och framför bl.a. följande. Det är inte avgiftens storlek som avgör om upphandlingslagstiftningen följs och det finns inga belägg för att en högre

avgift skulle avskräcka upphandlande myndigheter och enheter från att bryta mot upphandlingslagstiftningen. Det finns effektivare sätt att uppnå att reglerna följs än att bestraffa myndigheter med avgifter, t.ex. att lyfta fram fördelarna med upphandling som genomförs i enlighet med regelverket och i konkurrens. Den negativa effekt som den publicitet som ett påförande av upphandlingsskadeavgiften för med sig har minst lika avskräckande effekt som avgiftens storlek. *Advokatfirman Kahn Pedersen, Advokatfirman Ulfsdotter*, Sveriges advokatsamfund och Göteborgs kommun påpekar att det högsta beloppet i upphandlingsskadeavgift endast dömts ut fyra gånger sedan upphandlingsskadeavgiftens införande varför det torde saknas skäl att höja taket för avgiften. Bland annat *Försvarets materielverk* framför att det vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens nivå även särskilt bör beaktas att det är skattemedel som i många fall kommer att användas för att betala en påförd sanktion.

*Myndigheten för digital förvaltning, Adda* och *Advokatfirman Ulfsdotter* framför synpunkter på beräkningen av upphandlingsskadeavgiften. Moll Wendén advokatbyrå anser att det även bör övervägas om det nominella takbeloppet i vissa fall inte bör gälla. Almega och Svenskt näringsliv anser att det svenska genomförandet av bestämmelserna om ogiltighet bör övervägas i syfte att effektivisera upphandlingsregelverket.

### **Skälen för regeringens förslag**

#### *Taket för upphandlingsskadeavgiften bör höjas*

Medlemsstaterna är enligt artikel 2e.1 ändringsdirektivet skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal får bestå trots att det finns grund för ogiltighet. En sådan sanktion ska påföras om rätten beslutat att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse och vid överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr som inte ska leda till ogiltighet av avtalet. De alternativa sanktionerna måste vidare vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. När reglerna om upphandlingsskadeavgift infördes framhöll regeringen att avsikten med beloppsintervallet var att upphandlingar till lägre värden proportionellt sett inte skulle beivras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande värden. Regeringen uttalade vidare, som *Advokatfirman Kahn Pedersen* påpekar, att reglerna borde utvärderas efter att ha tillämpats någon tid, då erfarenheter kan dras av utfallet (prop. 2009/10:180 del 1 s. 196). En sådan utvärdering får anses ha gjorts i och med framtagandet av departementspromemorian.

Regeringen delar promemorians och majoriteten av remissinstansernas uppfattning att den nuvarande ordningen, med en begränsning av upphandlingsskadeavgiftens storlek både i andel av kontraktsvärdet (10 procent) och i ett fast belopp (10 000 000 kronor), i sig kan innebära att upphandlingar av mer betydande värden proportionellt inte kan beivras lika hårt som upphandlingar som uppgår till låga värden. Konkurrensverket har som exempel pekat på att verkets yrkande endast motsvarat tre procent av kontraktsvärdet när myndigheten har ansökt om upphandlingsskadeavgift som uppgår till det högsta tillåtna beloppet i kronor (Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen s. 52, Fi2019/0216). I motsats till vad bl.a. *Sveriges advokatsamfund* och *Göteborgs kommun* gör gällande, anser regeringen att den omständigheten



att det högsta beloppet i upphandlingsskadeavgift endast dömts ut ett fåtal gånger sedan upphandlingsskadeavgiftens införande inte innebär att det saknas skäl att justera avgiften. Den förlängda preskriptionsfristen som föreslås i avsnitt 5.5 innebär dessutom att Konkurrensverket får ökade möjligheter att upptäcka och utreda ärenden som är mer komplexa och omfattande till sin karaktär. Även detta talar enligt regeringens mening för att det högsta beloppet som kan påföras i upphandlingsskadeavgift bör höjas för att upphandlingar till högre värden ska kunna beivras på ett mer proportionerligt sätt i förhållande till upphandlingar till lägre värden. Några remissinstanser, däribland *Polismyndigheten*, framför att taket för upphandlingsskadeavgift gällande andra överträdelser än otillåtna direktupphandlingar i vart fall bör vara väsentligt lägre än 20 000 000 kronor. Som framgår av avsnitt 5.3 avser regeringen dock inte att genomföra förslaget om att utöka tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift. Någon sådan särskiljning behöver därför inte göras.

I sammanhanget måste dock, såsom bl.a. *Försvarets materielverk* framför, hänsyn tas till att de flesta upphandlande myndigheter och enheter är skattefinansierade. Det maximala sanktionsvärdet bör vara hanterbart även för de mindre upphandlande myndigheterna. Samtidigt är ett av syftena med upphandlingsskadeavgift att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Även ändringsdirektivets krav på att sanktionen ska vara effektiv och avskräckande måste beaktas i detta avseende. Det är viktigt att avgiften kan bestämmas till ett så högt belopp att den blir avskräckande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 195 och 196).

Bland annat Sveriges advokatsamfund framför att det inte finns någon analys om varför 20 000 000 kronor skulle lösa påstådda problem med bristande proportionalitet. Konkurrensverket har bedömt att en höjning 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 beivras. Även en höjning av det högsta beloppet till 20 000 000 kronor skulle innebära att upphandlingar av mycket betydande värden inte kan bli föremål för en sanktion som står i proportion till upphandlingar av lägre värden. Med en sådan höjning skulle upphandlingsskadeavgiften dock stå i större proportion i förhållande till upphandlingar som uppgår till lägre värden än vad som är fallet i dagsläget (Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen s. 52, Fi2019/02619). Regeringen delar denna uppfattning. *Skatteverket* anser att de övre nivåerna tydligare bör reserveras till synnerligen grova överträdelser där exempelvis en koppling till intressekonflikter kunnat konstateras. Regeringen konstaterar att förslaget bl.a. syftar till att möjliggöra att upphandlingar till högre värden kan beivras på ett mer proportionerligt sätt i förhållande till upphandlingar till lägre värden. Förslaget innebär inte någon ändring av de bedömningar som ska göras i övrigt vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vid en sådan bedömning ska fortfarande särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Det kan exempelvis beaktas om den upphandlande myndigheten eller enhetens agerande är att betrakta som särskilt klandervärt (prop. 2009/10:180 s. 369–370).

Sammanfattningsvis finns det mot bakgrund av ovan enligt regeringens mening skäl att höja det övre beloppet från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor i LOU, LUF och LUK. Eftersom beslutsordningen inte ändras för upphandlingar som genomförs enligt LUFs bedömer regeringen att inte heller övriga förslag i promemorian bör genomföras i LUFs. Det innebär att det högsta beloppet som kan beslutas i upphandlingsskadeavgift i LUFs inte ändras.

Att helt slopa det nominella takbeloppet, i likhet med vad som gäller enligt lagen om otillbörliga affärsmetoder (22 §) och konkurrenslagen (6 §), är dock inte aktuellt för närvarande. Det ryms vidare inte inom detta lagstiftningsärende att ändra beräkningssättet för upphandlingsskadeavgiften på det sätt som bl.a. *Myndigheten för digital förvaltning* och *Adda* framför önskemål om. Inte heller finns det utrymme att i ärendet överväga genomförandet av bestämmelserna om ogiltighet.

#### *Försäkringar mot upphandlingsskadeavgift*

*Almega, Företagarna* och *Svenskt näringsliv* framför att det är av största vikt att det hos samtliga aktörer finns en respekt för upphandlingssystemet och att det är problematiskt att upphandlande myndigheter och enheter tecknar försäkringar mot sanktionsavgifter. De framför vidare att omständigheten att upphandlande myndigheter tecknar försäkringar mot upphandlingsskadeavgift medför att det kan ifrågasättas om Sverige uppfyller rättsmedelsdirektivens krav på att en sanktion ska vara effektiv, proportionell och avskräckande. Regeringen anser att det på goda grunder kan argumenteras för att sådana typer av försäkringar motverkar syftet med upphandlingslagstiftningen och att de i förlängningen kan riskera att urholka ett system vars syfte är att, som Svenskt Näringsliv framhåller, främja konkurrens och motverka korrupcion, jäv och andra oegentligheter. Det är dock en fråga för rättstillämpningen att ta ställning till gällande rätt och bedöma om det strider mot försäkringsavtalsrättsliga regler att tillhandahålla försäkringar mot upphandlingsskadeavgift, eller om ett sådant tillhandahållande är förenligt med försäkringsrörelserättsliga bestämmelser. Regeringen konstaterar att frågan faller utanför ramen för detta lagstiftningsärende men kommer att noga följa utvecklingen i denna fråga.

## 5.5 Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs

**Regeringens förslag:** Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift i lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska vara två år i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet.

**Promemorians förslag** överensstämmer till stor del med regeringens. I promemorian föreslås att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift ska förlängas även i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som yttrar sig, däribland *Adda*, *Advokatfirman Kahn Pedersen*, *Advokatfirman Ulfsson*, *Sveriges advokatsamfund*, *Arbetsförmedlingen*, *Göteborgs kommun*, *Moll Wendén advokatbyrå*, *Polismyndigheten*, *SKR*, *Skatteverket*, *Strömsunds kommun*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *SOI*, *Västra Götalandsregionen* och *Umeå universitet* avstyrker förslaget. Som skäl anförs bl.a. följande. Den nuvarande fristen är tillräcklig för att säkerställa en effektiv tillsyn. Det är inte rimligt att en upphandlande myndighet ska sväva i ovisshet i två år när det gäller ett eventuellt påförande av upphandlingsskadeavgift. De problem som beskrivs med avskrivningar av ärenden bör kunna åtgärdas genom t.ex. en omorganisation av tillsynsmyndighetens verksamhet eller en omfördelning av resurser. Det finns andra metoder för tillsyn när tiden för att ansöka om upphandlingsskadeavgift har löpt ut, t.ex. ställningstaganden och rapporter. Flera av remissinstanserna är särskilt kritiska till att den längre fristen även föreslås gälla för överträdelser inom det föreslagna utvidgade tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift. *Kungl. Tekniska högskolan* anser att det finns skäl att överväga en förlängning av tidsfristen men anser att Konkurrensverkets möjligheter att hämta in underlag till utredningar som ett första steg bör förbättras alternativt att tidsgränsen på ett år kvarstår men att denna efter ansökan hos domstol kan förlängas. *Försvarets radioanstalt* och *Försvarets materielverk* anför att tillsynsmyndigheten genom efterannonser bör ha goda möjligheter att få kännedom om och utreda potentiella regelbrott. *Stockholms universitet* framför att en förlängning av fristen för att ogiltigförklara ett ingånget avtal skulle riskera att skada parterna.

Flera remissinstanser, däribland *Almega*, *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Umeå*, *Konkurrensverket*, *Kungsbacka kommun*, *Migrationsverket*, *Myndigheten för digital förvaltning*, *Svenskt Näringsliv*, *Upphandlingsmyndigheten* och *Örebro kommun* tillstyrker förslaget. De anför sammanfattningsvis att nyttan av möjligheten till utökad tillsyn av komplexa och mer omfattande ärenden överväger upphandlande myndigheters och enheters intressen av att under en mer begränsad tid vara föremål för utredning och att en förlängd tidsfrist inte bara innebär att Konkurrensverket ges bättre förutsättningar för gedigna utredningar och beslut utan även att det möjliggör ett mer systematiskt och tematiskt arbete. *Göteborgs universitet* tillstyrker förslaget till den del den förlängda fristen avser brister i annonseringsskyldigheten.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *Bakgrund och tidigare överväganden*

En otillåten direktupphandling är ett avtal som en upphandlande myndighet eller enhet ingått med en leverantör utan att följa kraven på föregående annonsering i upphandlingslagarna. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift ger i dag Konkurrensverket möjlighet att föra talan om sådan avgift i domstol mot upphandlande myndigheter och enheter som genomfört otillåtna direktupphandlingar. Av upphandlingslagarna framgår att en ansökan om upphandlingsskadeavgift, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom tillämpliga tidsfrister, ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Frågan om den nuvarande längden på preskriptionsfristen är tillräcklig har behandlats tidigare, t.ex. i en skrivelse från Konkurrensverket till regeringen (Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift, Fi2015/00065). Konkurrensverket påtalar bl.a. att myndigheten får skriva av ett stort antal utredningar avseende brott mot annonseringsskyldigheten och att en vanlig orsak är att den upphandlande myndigheten eller enheten ingått det aktuella avtalet för mer än ett år sedan, varpå ansökningsfristen löpt ut, eller att ärendet inte kunnat utredas tillräckligt inom tidsperioden.

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 s. 199 och 200). Utredningen ansåg att den omständigheten att mer än hälften av de ärenden som Konkurrensverket öppnat skrevs av på grund av att ärendet var preskriberat kunde tala för att fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift borde förlängas till två år. Enligt utredningen saknades det dock underlag för att utreda om de problem som Konkurrensverket påtalat skulle kunna åtgärdas genom t.ex. en omorganisation av verksamheten eller en omfördelning av resurser. Någon förlängning av preskriptionsfristen föreslogs därför inte.

*Varför är det viktigt att otillåtna direktupphandlingar leder till en sanktion?*

Otillåtna direktupphandlingar har av såväl unionslagstiftaren som nationellt ansetts vara en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen (se skäl 13 i ändringsdirektivet och prop. 2009/10:180 del 1 s. 188). Upphandlingslagstiftningens krav på konkurrensutsättning av offentliga kontrakt möjliggör för samtliga leverantörer att lämna anbud och innebär i förlängningen att det anbud som bäst uppfyller den upphandlande myndighetens eller enhetens behov vinner upphandlingen. Konkurrensutsättningen skapar därigenom förutsättningar för goda affärer och ett effektivt användande av skattemedel.

Att annonseringsskyldigheten i upphandlingslagarna följs är en förutsättning för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska agera i enlighet med principen om öppenhet. En sådan öppenhet utgör en garanti för att det inte förekommer risk för favorisering av anbudsgivare eller annat godtycke från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida (EU-domstolens dom i mål C-223/16 Casertana, EU:C:2017:685, punkt 34).

Öppenhetsprincipen och de övriga allmänna principerna på upphandlingsområdet som regleras i 4 kap. 1 § LOU, LUF och LUK samt 1 kap. 11 § LUF, säkerställer att beslut om tilldelning av offentliga kontrakt baseras på sakliga och objektiva kriterier samt att alla potentiella leverantörer behandlas lika. Genom att dessa principer följs säkerställs att det inte förekommer någon form av korrupcion eller diskriminering vid upphandlande myndigheters och enheters tilldelning av kontrakt. Den transparens som omgärdar ett annonserat upphandlingsförfarande möjliggör en kontroll i efterhand om den upphandlande myndigheten eller enheten har agerat i enlighet med lagstiftningen. Den ger även allmänheten insyn i hur upphandlande myndigheter och enheter använder allmänna medel i sina

inköp, vilket kan bidra till att förtroendet för den offentliga upphandlingen stärks.

I promemorian redogörs för EU-domstolens uttalanden om att ett förfarande som inte uppfyller upphandlingslagarnas krav på föregående annonsering står i strid med principerna om öppenhet och likabehandling, eftersom det innebär att upphandlingen inte omgärdas av sådan öppenhet som säkerställer insyn i kontraktsföremålet och kriterierna för dess tilldelning. Ett sådant förfarande innebär vidare en risk för att den upphandlande myndigheten eller enheten favoriserar en viss leverantör eller tar andra ovidkommande hänsyn vid tilldelningen av kontrakt. Den upphandlande myndigheten eller enheten riskerar även att utsättas för otillbörlig påverkan från leverantörer, vilket i förlängningen innebär en ökad risk för korruption.

*En längre preskriptionsfrist ger bättre förutsättningar för en effektiv tillsyn av otillåtna direktupphandlingar*

Det har, som bl.a. *Polismyndigheten* och *Affärsverket svenska kraftnät* påpekar, tidigare ansetts att Konkurrensverket inte behöver längre tid än ett år för att införskaffa tillräckligt med utredning för att ge in en ansökan om upphandlingsskadeavgift till domstol (prop. 2009/10:180 del 1 s. 209). Ur ett utredningsperspektiv får den angivna tidsperioden även fortsättningsvis anses tillräcklig i många ärenden, förutsatt att det är den faktiska tid som står till förfogande. Den tid som behövs för att införskaffa tillräcklig utredning respektive fatta ett beslut 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 redan i samband med eller i nära anslutning till ingåendet av det aktuella avtalet. I de allra flesta fallen når informationen om sådana transaktioner verket först en tid efteråt, genom dess omvärldsbevakning eller tipsfunktion. Regeringen delar därför, i motsats till bl.a. *Polismyndigheten* och *Västra Götalandsregionen*, promemorians uppfattning att det mot denna bakgrund inte i första hand synes vara en fråga om intern resursfördelning (jfr SOU 2015:12 s. 199 och 200).

*Försvarets radioanstalt* och *Försvarets materielverk* anför att tillsynsmyndigheten bör ha goda möjligheter att få kännedom om och utreda potentiella regelbrott genom efterannonser. Det är riktigt att upphandlingar både över och under tröskelvärdena ska efterannonseras. Även resultatet av direktupphandlingar vars värde överstiger 700 000 kronor enligt lagen om upphandling, 1 200 000 kronor enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna samt direktupphandlingar vars värde överstiger fem procent av tröskelvärdet enligt lagen om upphandling av koncessioner ska efterannonseras. Det finns emellertid betydande brister i hur regelverket om efterannonseringar följs. Konkurrensverkets tillsyn har visat att många upphandlande myndigheter och enheter helt låter bli att efterannonsera och att de efterannonseringar som genomförs i flertalet fall har betydande brister (Konkurrensverket 2017:6). Även Statskontoret konstaterar att det är ett problem att upphandlande myndigheter och enheter inte följer kraven i upphandlingslagstiftningen på efterannonsering (Statskontoret 2022:11). Att en upphandlande myndighet eller enhet

genomför en otillåten direktupphandling kan bero på flera orsaker, i vissa fall kan det röra sig om avsiktliga försök att kringgå upphandlingsregelverket och i andra fall kan det grunda sig på bristande kunskap. Som *Företagarna* framför kan det alltså ligga i otillåtna direktupphandlingars natur att de inte är synliggjorda för marknaden. Vissa typer av avtal är vidare undantagna upphandlingslagarnas tillämpningsområde, t.ex. avtal till följd av intern upphandling enligt det s.k. Teckal-undantaget, vilket innebär att inte heller bestämmelserna om efterannonsering behöver tillämpas. Att den upphandlande myndigheten eller enheten har bedömt att det rör sig om ett sådant fall och därmed underlåter att efterannonsera innebär emellertid inte alltid att så är fallet. Det finns sammanfattningsvis situationer som inte kommer att synliggöras genom efterannonser.

Under den nuvarande ettåriga preskriptionsfristen och med den gällande beslutsordningen ska Konkursverket således både få kännedom om det otillåtet ingångna avtalet, genomföra en utredning och bedöma om en överträdelse har skett samt, slutligen, väcka en talan i domstol. Regeringen bedömer att en längre preskriptionsfrist skulle ge Konkursverket förbättrade möjligheter att prioritera bland flera potentiella överträdelser. Tillsynen skulle få ett bättre genomslag och i större utsträckning än i dagsläget kunna bidra till att föra rättsutvecklingen framåt. Bland annat *SKR* påpekar att rättsutvecklingen kan föras framåt även på andra sätt, exempelvis genom ställningstaganden. Regeringen delar den uppfattningen men konstaterar samtidigt att den rättsutveckling som sker genom rättspraxis är mycket betydelsefull. *Advokatfirman Ulfsson* ställer sig frågande till hur en längre preskriptionsfrist ska kunna påverka vilka fall som Konkursverket tar upp. Regeringen konstaterar härvid att en längre frist skulle ge Konkursverket ökade möjligheter att upptäcka och utreda ärenden som är mer komplexa och omfattande till sin karaktär, exempelvis upphandlingar av stora byggprojekt. Denna typ av ärenden är tidskrävande eftersom de ofta förutsätter en längre och mer omfattande skriftväxling innan det är möjligt att bedöma om det är fråga om en otillåten direktupphandling. Den upphandlande myndigheten eller enheten som granskas behöver också få rimlig tid på sig att besvara frågor under utredningen och ta fram de uppgifter som efterfrågas. Det är inte heller ovanligt att tillsynsobjekten under en pågående utredning vid ett eller flera tillfällen begär anstånd med att lämna in efterfrågad information.

Eftersom det är Konkursverket som ska återropa samtliga omständigheter som ligger till grund för bedömningen att upphandlingsskadeavgift ska beslutas bör den utredning som föregår en ansökan om upphandlingsskadeavgift vara väl genomarbetad. Argumentet torde vara lika giltigt när Konkursverket nu själv föreslår fatta beslut om avgiften (se avsnitt 5.1). Regeringen bedömer inte att en mellanväg, såsom den som *Kungl. Tekniska högskolan* föreslår, där tidsfristen kan förlängas efter ansökan hos domstol skulle bidra till en effektivare tillsyn.

Behovet av förbättrade förutsättningar att prioritera mellan potentiella ärenden tillsammans med ytterligare tid för att upptäcka och utreda även mer komplicerade överträdelser måste emellertid ställas mot upphandlande myndigheters och enheters intresse av att endast under en begränsad tid vara föremål för Konkursverkets utredning och sväva i ovisshet om en potentiell sanktionsavgift. Det bör samtidigt beaktas att det rör sig om juridiska personer av offentligrättslig karaktär. Sammantaget bedömer

regeringen att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift avseende ett avtal som en upphandlande myndighet eller enhet har slutit utan föregående annonsering, dvs. en otillåten direktupphandling, bör vara två år i LOU, LUF och LUK. Den förlängda fristen avser, i motsats till vad *Stockholms universitet* gör gällande, inte något annat än otillåtna direktupphandlingar och frågan om upphandlande myndigheter och enheter ska vara skyldiga att betala upphandlingsskadeavgift på grund av sådana. Liksom tidigare bör som en förutsättning gälla att det inte har gjorts någon ansökan om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i upphandlingslagarna. Eftersom beslutsordningen inte ändras för upphandlingar som genomförs enligt LUFs bedömer regeringen att inte heller övriga förslag i promemorian bör genomföras i LUFs. Det innebär att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift avseende ett avtal som en upphandlande myndighet eller enhet har slutit utan föregående annonsering enligt LUFs inte förlängs.

Med anledning av vad som framförs av *Göteborgs universitet* kan nämnas att eftersom regeringen inte föreslår någon utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift (se avsnitt 5.3) är det inte heller aktuellt med en längre preskriptionsfrist för andra överträdelser än otillåtna direktupphandlingar.

## 5.6 Förelägganden

### 5.6.1 En möjlighet att besluta om förelägganden rörande riktlinjer bör införas

**Regeringens förslag:** Tillsynsmyndigheten ska kunna förelägga en upphandlande myndighet eller enhet, eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en sådan myndighet eller enhet, att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Detsamma ska gälla även riktlinjer om direkttilldelning enligt lagen om kollektivtrafik.

**Promemorians förslag** överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås att föreläggandena ska kunna förenas med vite och att tillsynsmyndigheten även ska kunna förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som yttrar sig över förslaget, däribland *Almega, Arbetsgivarverket, Företagarna, Konkurrensverket, Kungälv kommun, Malmö kommun, Migrationsverket, Skatteverket, Affärsverket svenska kraftnät, Svenskt näringsliv* och *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker eller har inte något att erinra mot förslaget. Som skäl anförs bl.a. att riktlinjer fyller en viktig roll, ger insyn åt leverantörer och allmänhet och minskar risken för korruption. *Moll Wendén advokatbyrå* har ingen erinran mot att Konkurrensverket ges möjlighet att besluta om förelägganden rörande riktlinjer men avstyrker förslaget om att förelägganden ska kunna förenas med vite. *Förvaltningsrätten i Stockholm* har förståelse för att det kan finnas ett behov av att in-

föra en möjlighet för tillsynsmyndigheten att besluta om förelägganden rörande riktlinjer, men efterlyser ett förtydligande av hur ett sådant föreläggande förhåller sig till regeringsformen och vad som anges om myndigheternas självständighet.

Flera remissinstanser, däribland *Sveriges advokatsamfund*, *Arbetsförmedlingen*, *Försvarets radioanstalt*, *Göteborgs kommun*, *Linköpings kommun*, *Polismyndigheten*, *SKR*, *Statens servicecenter*, *Stockholms universitet* och *Umeå universitet* avstyrker förslaget. Som skäl anförs bl.a. följande. Möjligheten till tillsynsbeslut är tillräcklig för att säkerställa att skyldigheten att besluta om riktlinjer följs. Upphandlingslagarna innehåller inte några bestämmelser om innehållet i riktlinjerna. Konkurrensverket saknar såväl mandat att bestämma riktlinjernas innebörd som att kräva att upphandlande myndigheter ska följa dem vilket innebär att föreläggandet endast blir en administrativ process. *Nacka kommun* efterlyser sakligt motiverade skäl till varför förslaget är en ändamålsenlig och nödvändig åtgärd som berättigar införandet av statliga sanktioner. *Försvarets materielverk* konstaterar att det är en vedertagen princip att myndigheter inte ska kunna förena ett föreläggande mot en annan myndighet vid vite och att det krävs starka skäl att införa undantag från denna princip. *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser att det inte finns något problem som kräver införandet av en möjlighet till föreläggande med vite.

*Myndigheten för digital förvaltning* anser att förslaget i stället borde bestå av två steg där Konkurrensverket i första hand fattar ett tillsynsbeslut och ger den upphandlande organisationen ett år på sig att besluta om riktlinjer innan det beslutas om föreläggande vid vite.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *Riktlinjer för användningen av direktupphandlingar*

Enligt nu gällande regler är upphandlande myndigheter och enheter skyldiga att besluta om riktlinjer för användningen av direktupphandlingar. Kravet på riktlinjer innebär för närvarande inget annat än att den upphandlande myndigheten eller enheten ska besluta om sådana riktlinjer. Det är således den upphandlande myndigheten eller enheten själv som bestämmer innehållet. Det finns inte heller något rättsligt krav på att myndigheten eller enheten ska följa sina riktlinjer. Syftet med regleringen är bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten ska analysera sina rutiner vid direktupphandlingar och använda direktupphandlingar på ett medvetet och strategiskt sätt (prop. 2021/22:5 s. 173).

Riktlinjer är viktiga för att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter har ett korrekt och strategiskt förhållningssätt till direktupphandlingar. Riktlinjerna kan t.ex. innehålla ställningstaganden till hur och i vilka situationer direktupphandlingar bör konkurransutsättas, hur småföretagens intressen kan beaktas vid förfarandet, hur jävsfrågor kan hanteras samt hur arbetet mot korrupktion kan främjas (prop. 2013/14:133 s. 27–29). Vikten av riktlinjer för direktupphandling har betonats, inte minst med hänsyn till den höjda direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Konkurrensverkets befogenheter är dock för närvarande begränsade till att fatta tillsynsbeslut om upphandlande myndigheter och enheter underlåter att besluta om sådana riktlinjer. För att säker-



ställa att skyldigheten att besluta om riktlinjer för användningen av direktupphandlingar följs bör det framgå att Konkurrensverket kan ingripa mot en underlåtenhet att besluta om riktlinjer.

Flera remissinstanser, bl.a. *Statens servicecenter*, *SKR* och *Linköpings kommun*, framför att ett föreläggande i enlighet med förslaget endast blir en administrativ process eftersom Konkurrensverket fortfarande kommer att sakna såväl mandat att bestämma riktlinjernas innebörd som att kräva att upphandlande myndigheter och enheter ska följa dessa. Regeringen delar inte den uppfattningen. Det är visserligen riktigt att de förelägganden som Konkurrensverket kan rikta mot upphandlande myndigheter och enheter är begränsade till att avse att dessa beslutar om sådana riktlinjer och inte kan avse vare sig innehåll eller tillämpning. Samtidigt anser regeringen, i likhet med *Upphandlingsmyndigheten (UHM)*, att föreläggande mot upphandlande myndigheter och enheter att besluta om riktlinjer understryker vikten av att sådana tas fram. I motsats till flera av remissinstanserna, däribland *Umeå universitet*, anser således regeringen att den omständigheten att Konkurrensverkets föreläggande inte kan avse innehåll inte utgör något skäl emot att införa en reglering om det.

Några remissinstanser, däribland *Sveriges advokatsamfund*, *Försvarets materielverk*, *Försvarets radioanstalt* och *Göteborgs kommun* ifrågasätter behovet av förslaget och hänvisar till Statskontorets rapport Offentlig upphandling, En utvärdering av 2014 års regeländringar (Statskontoret 2022:6). Av rapporten framgår att 93 procent av de upphandlande organisationerna har beslutat om riktlinjer. Att en stor andel av de upphandlande organisationerna följer de lagkrav som finns om att besluta om riktlinjer innebär emellertid enligt regeringens mening inte att det saknas skäl att sträva mot att samtliga upphandlande organisationer ska följa det gällande lagkravet. Som anförs av *Migrationsverket* är samtliga upphandlande myndigheter och enheter skyldiga att följa de lagstadgade skyldigheterna. UHM framför att det i enskilda fall kan vara svårt att avgöra om en upphandlande organisation har infört riktlinjer, att det t.ex. inte är självklart att dessa riktlinjer måste existera fristående från andra styrdokument som rör organisationens inköpsverksamhet. Innebörden av bestämmelsen om skyldigheten att besluta om riktlinjer är att det ska tas fram policydokument med vägledande riktlinjer för användningen av direktupphandling med framför allt handläggningsrutiner om annonsering och konkurrensutsättning på annat sätt (prop. 2013/14:133 s. 29). Om de aktuella riktlinjerna återfinns i ett särskilt dokument eller som en del av andra dokument är däremot inte av avgörande betydelse. De upphandlande myndigheterna och enheterna har ett stort utrymme att bestämma form. Som anförs av UHM är det även viktigt att riktlinjerna utformas utifrån den upphandlande myndighetens eller enhetens verksamhet och behov.

*Förvaltningsrätten i Stockholm* efterlyser ett förtydligande av hur ett föreläggande enligt förslaget förhåller sig till 12 kap. 2 § regeringsformen. I nämnda bestämmelse fastslås att ingen myndighet får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör bland annat tillämpningen av lag. Skyldigheten att besluta om riktlinjer för direktupphandling finns i lag. Vad det nu aktuella förslaget innebär är att Konkurrensverket får befogenhet att förelägga upphandlande myndigheter och enheter att uppfylla denna skyldighet. Förslaget tar sikte på antagandet av riktlinjer och innebär ingen befogenhet för tillsynsmyndigheten att

bestämma hur den upphandlande myndigheten eller enheten ska besluta i enskilda fall. Det finns enligt regeringens bedömning ingen motsättning mellan förslaget och 12 kap. 2 § regeringsformen.

Mot denna bakgrund bedömer regeringen att det bör framgå att Konkurrensverket har befogenhet att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om sådana riktlinjer för direktupphandling som ska beslutas enligt LOU, LUF och LUK. På motsvarande sätt som gäller i dag vid utredningsförelägganden ska Konkurrensverket även kunna förelägga den som myndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om sådana riktlinjer. Sådana förelägganden ska, enligt samma ordning som utredningsförelägganden, kunna överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Eftersom beslutsordningen inte ändras för upphandlingar som genomförs enligt LUFSS bedömer regeringen att inte heller övriga förslag i promemorian bör genomföras i LUFSS. Det innebär att inte heller den föreslagna ändringen bör genomföras i LUFSS.

Det saknas skäl att inom ramen för detta lagstiftningsärende ta ställning till vilka befogenheter Konkurrensverket har eller bör ha gällande andra skyldigheter för upphandlande myndigheter och enheter att anta riktlinjer.

#### *Riktlinjer enligt lagen om kollektivtrafik*

Lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, även benämnd som kollektivtrafiklagen, innehåller bestämmelser om kollektivtrafik på väg, järnväg, vatten, spårväg och med tunnelbana. I 4 a kap. kollektivtrafiklagen finns bestämmelser om upphandling av kollektivtrafik. Konkurrensverket utövar tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap, enligt 3 § 9 förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

I likhet med upphandlingslagarna finns i 4 a kap. 9 § kollektivtrafiklagen en bestämmelse om att behöriga myndigheter ska anta riktlinjer för direkttilldelning av avtal. Samma skäl som redogörs för ovan avseende riktlinjer för direktupphandling i upphandlingslagarna gör sig gällande även i detta avseende. Det bör därför tydliggöras att Konkurrensverket även har befogenhet att förelägga behöriga myndigheter att besluta om sådana riktlinjer som ska beslutas enligt 4 a kap. 9 § kollektivtrafiklagen.

#### *Föreläggandena bör inte kunna förenas med vite*

I promemorian föreslås att ett föreläggande om att besluta riktlinjer för direktupphandling bör kunna förenas med vite eftersom det annars riskerar att bli verkningsslöst. Regeringen bedömer i avsnitt 5.6.3 att det inte finns skäl att ge Konkurrensverket befogenhet att förena utredningsförelägganden med vite. Regeringen bedömer, i likhet med bl.a. Försvarets materielverk, att det inte har visats att någon sådan befogenhet är nödvändig gällande förelägganden att besluta om riktlinjer. Som *Moll Wendén advokatbyrå* framför bör det först utvärderas om det kan vara tillräckligt att tillsynsmyndigheten utfärdar ett föreläggande för att upphandlande myndigheter och enheter ska vidta rättelse. Eftersom det inte föreslås att föreläggandena ska kunna förenas med vite finns det inte heller skäl att överväga den utformning av bestämmelserna som *Myndigheten för digital förvaltning* föreslår.

## 5.6.2 Kretsen för utredningsförelägganden bör inte utvidgas

**Regeringens bedömning:** Kretsen till vilka tillsynsmyndigheten kan rikta förelägganden om att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia bör inte utvidgas till att omfatta även leverantörer.

**Promemorians förslag** överensstämmer inte med regeringens bedömning. 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 till leverantörer.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de som yttrar sig, däribland *Almega, Sveriges advokatsamfund, Front advokater, Företagarna, Försvarsmakten, Linköpings kommun, Luftfartsverket, Kommerskollegium, Malmö kommun, Svenskt näringsliv, SOI, SKR, Region Jämtland Härjedalen* och *Upphandlingsmyndigheten* avstyrker förslaget eller framför synpunkter på det. De framför bl.a. att begreppet leverantörer är alltför brett och bl.a. ger upphov till frågor om de rättsliga förutsättningarna att rikta förelägganden mot utländska leverantörer. Vidare kritiserar att förslaget inte innehåller någon begränsning i form av vilka uppgifter som ska kunna skaffas från leverantörer, att det saknas överväganden om hur känsliga uppgifter ska behandlas, att det saknas en bedömning av hur förslaget förhåller sig till lagstiftning om offentlighet och sekretess samt företagshemligheter och att förslaget kan komma att kräva svåra överväganden gällande passivitetsrätten i Europakonventionen. *Kammarrätten i Göteborg* och *Förvaltningsrätten i Stockholm* anser att förslaget kan ifrågasättas och att det är tveksamt om det är rimligt och proportionerligt att förelägga leverantörer, som inte omfattas av Konkurrensverkets tillsyn, att lämna information. *Förvaltningsrätten i Linköping* anser att det saknas ett resonemang avseende vad som motiverar en sådan extensiv upplysningsplikt. *Försvarets radioanstalt* saknar en grundlig analys av vad en sådan utvidgning av personkretsen kan få för konsekvenser när det gäller försvars- och säkerhetsområdet och anför att det kan leda till att myndigheten på sikt kan få svårt att upphandla utrustning och tjänster. Även *Försvarets materielverk* och *Advokatfirman Ulfsson* framför att förslaget kan komma att påverka leverantörernas vilja att delta i offentliga upphandlingar i Sverige.

Flera remissinstanser, däribland *Kungl. Tekniska högskolan, Kungsbacka kommun, Skatteverket, Statens servicecenter* och *Strömsunds kommun*, tillstyrker eller har inga synpunkter på förslaget. *Konkurrensverket* anför att förslaget innebär ett viktigt komplement till möjligheten att rikta utredningsföreläggande mot tillsynsobjekt.

**Skälen för regeringens bedömning:** En begäran om att komma in med upplysningar eller att visa upp en handling kan i dag riktas till upphandlande myndigheter och enheter eller till den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet. I promemorian bedöms att det finns skäl att utvidga kretsen av aktörer som kan föreläggas att lämna information till att även omfatta leverantörer. Det redogörs för situationer då det finns behov av att få in uppgifter även från leverantörer. Som exempel nämns situationer när Konkurrensverket utreder värdet av en tilldelad koncession och misstänker att den

upphandlande myndighetens eller enhetens uppskattning är för låg. Under sådana omständigheter skulle ledning kunna hämtas från den tidigare koncessionshavarens omsättning från verksamheten, vilket är uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte alltid har tillgång till. Ett annat exempel som nämns är när den upphandlande myndigheten eller enheten åberopar undantag från annonseringsplikten med hänsyn till att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.

Flera remissinstanser har dock fört fram synpunkter som gör att det finns starka skäl att ifrågasätta lämpligheten i att genomföra promemorians förslag. Som flera remissinstanser, däribland *Linköpings kommun*, *Region Jämtland Härjedalen*, *SOI* och *Försvarets materielverk* betonar, kan förslaget dessutom på sikt skada villigheten hos företag att lämna anbud i offentliga upphandlingar i Sverige. Detta eftersom det kan medföra att leverantörer betraktar affärsförbindelser med offentliga aktörer som riskabla och att det finns en risk för att affärshemligheter röjs. Flera remissinstanser, däribland *Upphandlingsmyndigheten* och *Advokatfirman Ulfsson*, påpekar att termen leverantör kan avse alla som hypotetiskt kan tänkas lämna anbud oavsett om de är hemmahörande i Sverige eller utomlands och att de inte ens rent faktiskt behöver ha lämnat anbud i en upphandling som genomförs av en svensk upphandlande organisation för att kunna träffas av förslaget. Bland annat *Sveriges advokatsamfund* har vidare påpekat att advokater också är leverantörer och att frågan om hur förslaget förhåller sig till advokatsekretessen inte är utredd.

Regeringen delar mot denna bakgrund remissinstansernas mening att det finns frågor som kräver ytterligare utredning för att förslaget ska kunna genomföras. Det saknas därför tillräckligt underlag för att utvidga personkretsen till vilka tillsynsmyndigheten kan rikta förelägganden om att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia till att omfatta även leverantörer. Som Advokatfirman Ulfsson framhåller finns det dock inte något som hindrar Konkurrensverket från att på frivillig basis kontakta marknadens aktörer för att t.ex. undersöka hur en viss marknad ser ut.

### 5.6.3 Utredningsförelägganden bör inte kunna förenas med vite

<p><b>Regeringens bedömning:</b> Det bör i nuläget inte införas en möjlighet att förena utredningsförelägganden med vite.</p>
---

**Promemorians förslag** överensstämmer inte med regeringens bedömning. I promemorian föreslås att ett föreläggande om att en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet ska lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna förenas med vite.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. Flera remissinstanser, däribland *Almega*, *Göteborgs kommun*, *Konkurrensverket*, *Kungsbacka kommun*, *Skatteverket*, *Strömsunds kommun*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *SOI* och *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker eller har inga synpunkter på förslaget.

Flera remissinstanser, däribland *Advokatfirman Kahn Pedersen*, *Advokatfirman Ulfsdotter*, *Arbetsförmedlingen*, *Försvarsmakten*, *Förvaltningsrätten i Stockholm*, *Försvarets radioanstalt*, *Försvarets materielverk*, *Länköpings kommun*, *Moll Wendén advokatbyrå*, *Polismyndigheten*, *Region Jämtland Härjedalen*, *Sveriges advokatsamfund*, *SKR* och *Stockholms universitet* avstyrker förslaget och anför bl.a. följande. Upphandlande myndigheter och enheter har redan i dag en skyldighet att följa förelägganden. Det är oklart i vilken utsträckning Konkurrensverkets förelägganden inte följs och vilken betydelse detta har för verkets tillsyn. En ordning där en myndighet förelägger en annan myndighet att vid vite lämna in uppgifter är främmande för det svenska rättssystemet och måste föregås av en ordentlig utredning som fastställer att det finns ett riktigt behov. Det finns därmed inget underlag som visar att det finns ett verkligt behov av vitesförelägganden mot andra myndigheter.

**Skälen för regeringens bedömning:** Vid utövandet av sin tillsyn är Konkurrensverket beroende av att kunna hämta in handlingar och upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter för att kunna bedöma om en överträdelse av upphandlingslagstiftningen har ägt rum. Som redogjorts för i avsnitt 4 saknar dock Konkurrensverket befogenhet att förena utredningsförelägganden med hot om vite.

En möjlighet att förena förelägganden med vite har övervägts tidigare, men då avfärdats (prop. 2009/10:180 del 1 s. 216 och 217 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 861 och 862). Skälet till att regeringen då valde att inte införa en möjlighet att förena förelägganden med vite var de tillämpningssvårigheter som förutsågs i förhållande till sådana privata subjekt vars verksamheter omfattas av LUF, och som omfattas av den s.k. passivitetsrätten i artikel 6 i Europakonventionen. Det bedömdes också att regleringen i LOU och LUF borde vara enhetlig i detta avseende, varför några vitesbestämmelser inte infördes i LOU trots att någon sådan frågeställning inte uppstår vid tillämpningen av den lagen.

Som promemorian har redogjort för följer det emellertid av EU-domstolens praxis att passivitetsrätten inte begränsar skyldigheten för privata subjekt att besvara frågor om sakförhållanden och att tillhandahålla handlingar. De uttalanden från EU-domstolen som promemorian hänvisar till hänför sig visserligen till konkurrensområdet. Även upphandlingsområdet är dock ett harmoniserat rättsområde som syftar till upprättandet av en gemensam inre marknad. Regeringen bedömer mot denna bakgrund, i likhet med *Advokatfirman Kahn Pedersen* och i motsats till *Advokatfirman Ulfsdotter*, att det inte finns sådana rättsliga hinder mot att införa en möjlighet för Konkurrensverket, på samma sätt som på konkurrensområdet, att förena utredningsförelägganden med hot om vite även i förhållande till privata subjekt. Detta så länge utredningen rör faktiska omständigheter och därtill hörande dokumentation, och inte syftar till att hämta in upplysningar som tvingar tillsynsobjektet att utveckla sin inställning eller på annat sätt riskera att medge eller erkänna en överträdelse av lagstiftningen.

Det finns enligt regeringens bedömning mot denna bakgrund möjlighet att införa förelägganden med vite om det kan öka effektiviteten med utredningsförelägganden i upphandlingstillsynen. I promemorian konstateras att det händer att tillsynsobjekten inte följer verkets begäran om information eller förhåller utredningen på olika sätt och att detta agerande

ibland sammanfaller med att fristen för att ansöka om upphandlings-skadeavgift är på väg att löpa ut. Regeringen ifrågasätter inte detta konstaterande. Som flera av remissinstanserna, däribland *Sveriges advokatsamfund*, *Försvarsmakten* och *Polismyndigheten* påpekar, finns det emellertid inga närmare uppgifter om i vilken omfattning detta förekommer. Regeringen konstaterar vidare, i likhet med *Förvaltningsrätten i Stockholm*, att behovet av att förena förelägganden med vite kan komma att ändras när tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift förlängs till två år (se avsnitt 5.5). Det finns därför enligt regeringens mening skäl att avvakta och se vilka effekter den förlängda tidsfristen får.

Sammanfattningsvis bedömer regeringen att en möjlighet att förena ett föreläggande om att en upphandlande myndighet eller enhet eller den som Konkurrensverket bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet ska lämna in till utredningen nödvändiga uppgifter och handlingar med vite inte bör införas i nuläget.

#### 5.6.4 Det saknas tillräckliga skäl att låta beslut om utredningsförelägganden gälla omedelbart

**Regeringens bedömning:** Det saknas tillräckliga skäl att ge tillsynsmyndigheten befogenhet att besluta att ett utredningsföreläggande ska gälla omedelbart.

**Promemorians förslag** överensstämmer inte med regeringens bedömning. I promemorian föreslås att tillsynsmyndigheten ska få besluta att ett utredningsföreläggande ska gälla omedelbart.

**Remissinstanserna:** En begränsad andel av remissinstanserna yttrar sig över förslaget. En majoritet av dem, däribland *Arbetsförmedlingen*, *Försvarets radioanstalt*, *Försvarets materielverk* och *Polismyndigheten*, avstyrker förslaget och framför bl.a. följande. Det saknas en utredning som motiverar skäl till att göra ett undantag från huvudregeln inom förvaltningsrätten. Starka rättssäkerhetsskäl talar för att avsteg från huvudregeln bör göras endast i fall där tungt vägande skäl finns. När en uppgift väl lämnas ut har den skada som ett eventuellt felaktigt utlämnande kan innebära redan skett. Det fråntar den som anser sig förelagd att lämna uppgifter på felaktiga grunder möjligheten att värja sig eftersom en domstolsprövning i efterhand inte kan läka de uppkomna skadorna. *Upphandlingsmyndigheten*, *Advokatfirman Kahn Pedersen*, *Advokatfirman Ulfsson* och *Moll Wendén advokatbyrå* konstaterar att det i praktiken kan bli omöjligt för en upphandlande myndighet att överklaga ett sådant föreläggande om det gäller omedelbart. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör bristerna med nuvarande ordning delvis kunna åtgärdas genom att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs.

Några remissinstanser, däribland *Almega*, *Göteborgs kommun*, *Kungsbacka kommun*, *Konkurrensverket*, *Skatteverket*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *Strömsunds kommun* och *SOI* tillstyrker eller har inga synpunkter på förslaget.

**Skälen för regeringens bedömning:** Konkurrensverket är vid utövan- det av sin tillsyn beroende av att kunna hämta in handlingar och upplysningar för att kunna bedöma om en överträdelse av upphandlingslagstift-

ningen har skett. Konkurrensverket har möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen. Ett sådant föreläggande kan överklagas, vilket innebär att det i vissa fall kan gå förhållandevis lång tid innan Konkurrensverket får ta del av de efterfrågade handlingarna och upplysningarna.

I 35 § förvaltningslagen finns bestämmelser om när beslut får verkställas. I första stycket anges huvudregeln att ett beslut som får överklagas inom en viss tid får verkställas när överklagandetiden har gått ut, om beslutet inte har överklagats. I promemorian föreslås en särskild reglering i syfte att göra ett avsteg från nämnda huvudregel och ge Konkurrensverket rätt att besluta att ett utredningsföreläggande ska gälla omedelbart.

När det gäller frågan om när ett beslut ska kunna verkställas står två viktiga intressen mot varandra. Det ena är intresset av effektivitet vilket talar för att ett beslut bör få genomslag och verkställas så snart som möjligt. Det andra intresset är kravet på rättssäkerhet, vilket bl.a. kräver att möjligheten till överklagande inte blir fiktiv. I promemorian anförs att det är angeläget att utredningen inte fördröjs eftersom det finns en tidsfrist efter vilken Konkurrensverket inte längre kan besluta om upphandlings-skadeavgift. Regeringen anser dock, i likhet med bl.a. *Upphandlingsmyndigheten*, att den situationen åtminstone till viss del borde avhjälpas genom förslaget om att förlänga tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift (se avsnitt 5.5). Det finns vidare inga närmare uppgifter om i vilken omfattning upphandlande myndigheters och enheters agerande förhåller Konkurrensverkets utredningar i detta avseende.

Regeringen bedömer mot ovan bakgrund sammanfattningsvis att det saknas tillräckliga skäl för att ge Konkurrensverket en särskild befogenhet att besluta att ett utredningsföreläggande ska gälla omedelbart.

## 5.7 En möjlighet till förelägganden för att lagen ska följas bör inte införas

**Regeringens bedömning:** En befogenhet för tillsynsmyndigheten att besluta om förelägganden i syfte att säkerställa att upphandlingslagstiftningen följs bör inte införas.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** En begränsad andel av remissinstanserna yttrar sig över bedömningen. En majoritet av dem, däribland *Göteborgs kommun*, *Skatteverket*, *Strömsunds kommun*, *SOI* och *Upphandlingsmyndigheten*, delar eller har inga synpunkter på bedömningen.

*Almega*, *Konkurrensverket* och *Företagarna* delar inte bedömningen och anför bl.a. att det kan finnas ett behov av sådana förelägganden t.ex. vid överträdelser av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. *Almega* och *Företagarna* framhåller vidare som exempel att otillåtna direktupphandlingar med flerårig löptid borde inrymmas i tillsynsmandatet.

**Skälen för regeringens bedömning:** Konkurrensverkets ingripande-möjligheter vid överträdelser av upphandlingslagarna är, som påpekats

tidigare, för närvarande begränsade till att ansöka om upphandlings-skadeavgift i vissa särskilt angivna fall eller att fatta tillsynsbeslut (se avsnitt 4). Tillsynsbesluten kan, i avsaknad av lagreglering, beskrivas som att kritik riktas mot tillsynsobjektets agerande. Besluten är begränsade till redan inträffade överträdelse av upphandlingslagarna och är inte förenade med någon sanktion. En myndighet som bedöms ha agerat på ett felaktigt sätt förväntas lösa det genom självrättelse eller genom att inte upprepa samma fel vid nästa upphandling. Konkurrensverket saknar alltså möjlighet att fatta bindande beslut för att tvinga en upphandlande myndighet eller enhet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse (jfr rättsfallet HFD 2018 ref. 71).

Frågan om tillsynsmyndigheten skulle få en sådan befogenhet övervägdes när ändringsdirektivet genomfördes i svensk rätt (prop. 2009/10:180 del 1 s. 217–219). I samband med detta gjordes en rad andra förändringar i upphandlingslagarna som kunde förväntas innebära att följsamheten av reglerna vid upphandlingar skulle öka. Regeringen uttalade mot denna bakgrund att det åtminstone vid den tidpunkten inte fanns behov av att ge tillsynsmyndigheten möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende. Bland annat mot bakgrund av Konkurrensverkets framställda önskemål om detta (Fi2019/02619) finns det dock nu anledning att på nytt ta ställning till om en sådan möjlighet borde införas. En sådan befogenhet skulle antingen kunna avse specifika överträdelse av upphandlingslagarna eller vara mer generellt utformad, dvs. avse en rätt till de förelägganden som behövs för att lagen ska följas.

En bestämmelse med innebörden att Konkurrensverket ges rätt till generella förelägganden för att upphandlingslagarna ska följas skulle medföra ett mandat att utan någon begränsning i tiden ingripa mot alla typer av överträdelse av upphandlingslagarna. En sådan reglering skulle vara relativt långtgående jämfört med de befogenheter som Konkurrensverket har i dag, och skulle kunna uppfattas som oförutsägbar för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Många av bestämmelserna i upphandlingslagarna får anses vara så allmänt hållna att möjligheterna att i ett föreläggande formulera tillräckligt tydliga och konkreta åtgärder som adressaten av föreläggandet ska vidta framstår som något begränsade. Regeringen delar *AlmeGas*, *Konkurrensverkets* och *Företagarnas* synpunkter om att det i vissa specifika situationer kan uppstå behov av sådana förelägganden. Det kan ändå ifrågasättas vilka rättsliga möjligheter att besluta om förelägganden som Konkurrensverket i praktiken skulle ha med den aktuella befogenheten och vilka effekter på tillsynen som skulle kunna uppnås.

Som framgår av avsnitt 5.1, 5.2 och 5.4–5.6 föreslås att Konkurrensverket får utökade sanktions- och utredningsmöjligheter. Bland annat föreslås att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs.

Mot denna bakgrund bedömer regeringen för närvarande att en befogenhet att besluta om förelägganden som vid behov kan förenas med vite inte bör införas.



## 5.8 Ett samlat tillsyns- och sanktionskapitel

**Regeringens förslag:** Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn ska tas in i ett gemensamt kapitel i lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling av koncessioner respektive lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

**Promemorians förslag** överensstämmer till stor del med regeringens. I promemorian föreslås att bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn ska tas in i ett gemensamt kapitel även i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

**Remissinstanserna:** En begränsad andel av remissinstanserna yttrar sig. *Arbetsförmedlingen* avstyrker förslaget med hänvisning till att myndigheten avstyrker övriga förslag i promemorian om utökade tillsyns- och sanktionsmöjligheter. *Upphandlingsmyndigheten* och *Advokatfirman Kahn Pedersen* har inga invändningar mot förslaget. Övriga remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker detta.

**Skälen för regeringens förslag:** Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn som i dag finns i två separata kapitel i upphandlingslagarna, kapitel 21 och 22 i LOU och LUF samt kapitel 17 och 18 i LUK, bör tas in i ett gemensamt kapitel för varje lag. En sådan ordning är naturlig eftersom upphandlingsskadeavgiften, såsom beskrivits i avsnitt 4, är ett av tillsynsmyndighetens verktyg när den utövar tillsyn på upphandlingsområdet. Syftet med att samla bestämmelserna i ett gemensamt kapitel i varje lag är att göra bestämmelserna om upphandlingstillsyn mer överskådliga. Detta leder till vissa följdändringar i kollektivtrafiklagen. Eftersom beslutsordningen inte ändras för upphandlingar som genomförs enligt LUFs bedömer regeringen att inte heller övriga förslag i promemorian bör genomföras i LUFs. Det innebär att bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn inte tas in i ett gemensamt kapitel i LUFs.

## 6 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

**Regeringens förslag:** De föreslagna lagändringarna ska träda i kraft den 1 januari 2024.

Äldre bestämmelser ska fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

**Promemorians förslag** överensstämmer inte med regeringens. I promemorian föreslås att ändringarna i lagarna ska träda i kraft den 1 februari 2023.

**Remissinstanserna:** Det är ett fåtal remissinstanser som yttrar sig över förslaget. *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker förslaget. *Advokatfirman Ulfsson* avstyrker förslaget och anför att det krävs mer utredning och en djupare analys. *Moll Wendén advokatbyrå* anför att förslaget datum för

ikraftträdande bör flyttas fram då det ännu återstår en hel del arbete i lagstiftningsprocessen.

**Skälen för regeringens förslag:** Förslagen syftar till en effektivare tillsyn av den offentliga upphandlingen och bör som utgångspunkt träda i kraft så snart som möjligt. Som *Moll Wendén advokatbyrå* framför bör dock hänsyn även tas till de återstående stegen i lagstiftningsprocessen. Som *Upphandlingsmyndigheten* framför innebär de förslag som lämnas i lagrådsremissen i princip inga nya skyldigheter för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Någon särskild hänsyn behöver därför inte tas till eventuellt förberedelsearbete. Mot den bakgrunden föreslås att förslagen ska träda i kraft den 1 januari 2024.

Förslagen bör vidare gälla för sådana upphandlingar som påbörjas från och med ikraftträdandetidpunkten. Av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen följer att en upphandling anses påbörjad 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 (HFD 2013 ref. 31 och Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 39). Detta gäller även för icke-direktivstyrda upphandlingar. Det bör därför införas en övergångsbestämmelse med innebörd att äldre bestämmelser fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

## 7 Konsekvenser

**Regeringens bedömning:** Förslagen i denna lagrådsremiss bedöms bidra till en stärkt tillsyn av den offentliga upphandlingen.

De eventuella merkostnader som kan uppstå för de allmänna förvaltningsdomstolarna och Konkurrensverket kan hanteras inom ramen för befintliga anslag.

Förslagen kan medföra konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter. Förslaget om att höja det högsta belopp som kan påföras i upphandlingsskadeavgift kan medföra ekonomiska konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter. Förslaget om en förlängd tidsfrist för beslut om upphandlingsskadeavgift kan även innebära att upphandlande myndigheter och enheter under en längre tid än i dag behöver sväva i ovisshet rörande frågan om utredningens resultat.

**Promemorians bedömning** överensstämmer i huvudsak med regeringens. Regeringen gör ingen bedömning av konsekvenser av förslag i promemorian som regeringen inte föreslår ska genomföras.

**Remissinstanserna:** En begränsad andel av remissinstanserna yttrar sig över bedömningen. *Konkurrensverket* lyfter fram de effektivitetsvinster som kan uppnås med en ändrad beslutsordning. *Migrationsverket* och *Skatteverket* delar till stora delar bedömningen även om de inte delar slutsatsen att alla förslag därmed bör införas. *Förvaltningsrätten i Umeå* anser att det är svårt att överblicka vilka konsekvenser förslagen kan få för förvaltningsrätterna. *Förvaltningsrätten i Linköping* delar inte

bedömningen att de mål som överklagas till allmän förvaltningsdomstol torde vara mindre resurskrävande än en ansökan om upphandlings-skadeavgift. *Domstolsverket* har ingen invändning mot bedömningen. *Försvarets materielverk* anser inte att förslagen är underbyggda av en ordentlig och fullständig utredning av behovet eller konsekvenserna. *Försvarets radioanstalt* anser att det är olyckligt att samtliga upphandlingslagar bedömts gemensamt och utan beaktande av de olika särdragen mellan lagstiftningarna.

## Skälen för regeringens bedömning

### *Domstolarna*

Förslaget om den ändrade beslutsordningen kommer att leda till att de mål där Konkurrensverket i dag har en skyldighet att ansöka om upphandlings-skadeavgift hos domstol, trots att utredningen visar att någon avgift inte bör påföras av hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, försvinner. Den ändrade beslutsordningen innebär även att en del av Konkurrensverkets beslut inte kommer att överklagas till allmän förvaltningsdomstol, i synnerhet de mål där upphandlande myndigheter och enheter redan under utredningens gång medger att en överträdelse av upphandlingsregelverket har ägt rum. Förslaget om den ändrade beslutsordningen kan därmed medföra en något minskad måltillströmning till de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Regeringen delar vidare, i motsats till *Förvaltningsrätten i Linköping*, promemorians bedömning att vissa av de mål som överklagas till allmän förvaltningsdomstol kan komma att vara något mindre resurskrävande än en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Det har bl.a. framförts av *Konkurrensverket* att myndighetens erfarenheter från andra tillsynsområden visar att överklaganden av beslut inte alltid omfattar hela beslutet, utan i stället delar av beslutet. Därmed kan efterföljande domstolsprocesser effektiviseras genom att omfatta de frågor som är omtvistade och inte de frågor där parterna är överens. Övriga förslag i lagrådsremissen bedöms ha försumbara effekter för de allmänna förvaltningsdomstolarna. Eventuella merkostnader bedöms kunna hanteras inom befintliga budgetramar.

### *Upphandlande myndigheter och enheter*

Förslaget om att höja det högsta beloppet som kan påföras i upphandlings-skadeavgift kan av naturliga skäl medföra ökade kostnader för upphandlande myndigheter och enheter som har gjort sig skyldiga till otillåtna direktupphandlingar. Detsamma gäller förslaget om att Konkurrensverket ska kunna förelägga upphandlande myndigheter och enheter att besluta riktlinjer för direktupphandling. Förslaget om en förlängd tidsfrist för beslut om upphandlingsskadeavgift får även konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter på så sätt att de under en längre tid än i dag kan behöva sväva i ovisshet rörande utredningens resultat. I förlängningen kan förslaget naturligtvis också innebära en kostnad för en upphandlings-skadeavgift och en eventuell domstolsprocess som inte skulle ha uppkommit med en kortare tidsfrist. Innebörden av förslagen är att effektivisera tillsynen av de skyldigheter som redan i nuläget finns. Det

bedöms därmed inte att förslagen leder till att upphandlande myndigheters och enheters administrativa börda ökar. Med hänsyn till vad *Försvarets radioanstalt* framför bedömer regeringen att de förslag som nu lämnas är sådana som inte kan anses kräva några särskilda bedömningar med hänsyn till lagstiftningarnas respektive särdrag och att de därför med fördel kan bedömas gemensamt.

Förslaget innebär inte någon inskränkning av den kommunala självstyrelsen.

#### *Tillsynsmyndigheten*

Att Konkurrensverket fattar beslut om upphandlingsskadeavgift som första instans kan inledningsvis medföra vissa mindre merkostnader för myndigheten, men de bedöms vara av engångskaraktär. Regeringen bedömer att eventuella kostnadsökningar kan hanteras inom befintliga ramar.

#### *Leverantörerna*

Förslagen i lagrådsremissen bedöms bidra till en stärkt tillsyn av den offentliga upphandlingen vilket i förlängningen gynnar leverantörers möjligheter att konkurrera om offentliga kontrakt. I övrigt bedöms förslagen inte ha några konsekvenser för leverantörerna.

#### *Övriga konsekvenser*

Förslagen bedöms inte ha några konsekvenser för miljön eller för jämställdheten mellan kvinnor och män.

Förslagen bedöms vara förenliga med de skyldigheter som följer av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

## 8 Författningskommentar

### 8.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

#### **1 kap.**

**1 §** Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
- blandad upphandling (2 kap.),
- undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
- allmänna bestämmelser (4 kap.),
- tröskelvärden (5 kap.),
- upphandlingsförfaranden (6 kap.),
- ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling (7 kap.),
- elektroniska metoder för upphandling (8 kap.),
- tekniska krav (9 kap.),
- annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande (10 kap.),
- tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (11 kap.),
- kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (12 kap.),

- uteslutning av leverantörer (13 kap.),
  - kvalificering (14 kap.),
  - egen försäkran och utredning om leverantörer (15 kap.),
  - utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt (16 kap.),
  - fullgörande av kontrakt (17 kap.),
  - projektävlingar (18 kap.),
  - annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 (19 kap.),
  - direktupphandling (19 a kap.),
  - avtalspär, överprövning och skadestånd (20 kap.), *och*
  - *tillsyn och upphandlingsskadeavgift* (21 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1),
  - Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2), och
  - Definitioner av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3).

Paragrafen anger innehållet i lagen. Övervägandena finns i avsnitt 5.8. I *första stycket* utgår den nuvarande sista strecksatsen. Ändringen i den nya *sista strecksatsen* sker till följd av att nuvarande 21 och 22 kap. utgår och ersätts med ett nytt 21 kap.

## 12 kap.

**14 §** En upphandlande myndighet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationen av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Ändringen i *första stycket första meningen* tydliggör att utgångspunkten för dokumentationsplikten är att den sker löpande. Ändringen i *andra meningen* är språklig (jfr Lagrådets yttrande i prop. 2021/22:5 s. 402).

I *andra stycket*, som är nytt, anges att dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen fattats.

**16 §** Av en individuell rapport ska följande framgå:

1. skäl till att ett anbud som har förkastats har ansetts vara onormalt lågt,
2. skäl till att ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör,
3. skäl till att en leverantör inte har godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem,
4. skäl till att förhandlat förfarande med föregående annonsering, förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog har tillämpats,
5. skäl till att inlämning av anbud med andra medel än elektroniska har godkänts, och
6. intressekonflikter och åtgärder som vidtagits till följd av dem.

*En individuell rapport ska ha upprättats senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om avbrytande av upphandlingen.*

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om vilka uppgifter en individuell rapport ska innehålla.

Paragrafen reglerar vilka uppgifter som ska ingå i en individuell rapport och skyldigheten att upprätta en individuell rapport. Övervägandena finns i avsnitt 5.2 och 5.8.

Av det nya *andra stycket* framgår att den individuella rapporten ska ha upprättats senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen fattats.

Ändringen i *tredje stycket*, som i övrigt helt överensstämmer med det nuvarande andra stycket, sker till följd av att 21 och 22 kap. utgår och ett nytt 21 kap. införs.

## 19 kap.

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och

2. upphandling eller projekttävling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

Paragrafen anger tillämpningsområdet för kapitlet. Övervägandena finns i avsnitt 5.8. Ändringen i *andra stycket* sker till följd av att 21 och 22 kap. utgår och ett nytt 21 kap. införs.

22 § En upphandlande myndighet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vid upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska en upphandlande myndighet dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 och 16 §§ om individuella rapporter.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationen av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Ändringen i *första stycket* tydliggör att utgångspunkten för dokumentationsplikten är att den sker löpande.

Av *tredje stycket*, som är nytt, framgår att dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen fattats.

## 19 a kap.

1 § Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfördran.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

Paragrafen anger tillämpningsområdet för kapitlet. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Ändringen i *andra stycket* görs till följd av att 21 och 22 kap. utgår och ett nytt 21 kap. införs.

**11 §** En upphandlande myndighet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde *överstiger* 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationsplikten avseende direktupphandlingar vars värde överstiger 100 000 kronor. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Ändringen i *första stycket* tydliggör att utgångspunkten för dokumentationsplikten är att den sker löpande. I övrigt har en redaktionell ändring gjorts i samma stycke.

I *andra stycket*, som är nytt, anges att skyldigheten att dokumentera en upphandling ska vara slutförd senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen fattats.

## **21 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift**

### **Tillsyn**

#### *Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

Paragrafen reglerar vilken myndighet som utövar tillsyn över lagen. Paragrafen motsvarar nuvarande 22 kap. 1 § (se prop. 2015/16:195 del 2 s. 1160), dock att det nu förtydligas att det är regeringen som bestämmer vilken myndighet som ska utöva tillsynen.

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

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att hämta in upplysningar. Paragrafen motsvarar nuvarande 22 kap. 2 § (prop. 2015/16:195 del 2 s. 1160).

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

Paragrafen reglerar skyldigheten att lämna upplysningar när tillsynsmyndigheten utreder en potentiell överträdelse av lagen. Paragrafen motsvarar nuvarande 22 kap. 3 § (prop. 2015/16:195 del 2 s. 1160).

#### *Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att fullgöra sin skyldighet enligt 19 a kap. 15 §.

Paragrafen, som inte har någon tidigare motsvarighet, innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att meddela förelägganden att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 15 §. Övervägandena finns i avsnitt 5.6.1.

I paragrafen anges att ett föreläggande att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 15 § får riktas mot en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet. Bestämmelsen i 19 a kap. 15 § omfattar endast en skyldighet att besluta om riktlinjer. Eftersom det i övrigt har lämnats till den upphandlande myndigheten att själv bestämma hur riktlinjerna ska utformas, får ett föreläggande enligt denna paragraf inte avse det närmare innehållet.

**5 §** Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn 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.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att besluta om utredningsförelägganden. Paragrafen motsvarar nuvarande 22 kap. 4 § (prop. 2015/16:195 del 2 s. 1160.)

### **Upphandlingsskadeavgift**

#### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspär i 20 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §.

Paragrafen reglerar tillsynsmyndighetens skyldighet att besluta om upphandlingsskadeavgift i de fall domstol i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställt att ett avtal får bestå. Övervägandena finns i avsnitt 5.1. *Punkterna 1 och 2* motsvarar nuvarande 21 kap. 1 § 1 och 2 (prop. 2009/10:180 del 1 s. 366–368, prop. 2010/11:150 del 1 s. 458 och 459 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1158).

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal



med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

I paragrafen regleras tillsynsmyndighetens fakultativa befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift vid vissa överträdelser. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.

I paragrafen anges att tillsynsmyndigheten i vissa fall får besluta om upphandlingsskadeavgift. Detta motsvarar den nuvarande regleringen i 21 kap. 2 § andra stycket med skillnaden att det som nu avses är befogenheten att besluta om upphandlingsskadeavgift. De fall som tillsynsmyndigheten får besluta om upphandlingsskadeavgift motsvarar nuvarande 21 kap. 1 § 3 (prop. 2009/10:180 del 1 s. 366–368, prop. 2010/11:150 del 1 s. 458 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1158).

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen reglerar när en upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.2. Regleringen motsvarar nuvarande 21 kap. 5 § andra stycket (prop. 2009/10:180 del 1 s. 371 och 372, prop. 2010/11:150 del 1 s. 459 och 460 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1159).

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelserna är.

I paragrafen regleras upphandlingsskadeavgiftens storlek och vilka hänsyn som ska tas vid bestämmandet av den. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.

Paragrafens *första stycke* motsvarar nuvarande 21 kap. 4 § (prop. 2015/16:195 del 2 s. 1159) med den skillnaden att högsta möjliga upphandlingsskadeavgift som nu kan beslutas är 20 000 000 kronor. Det högsta avgiftsbeloppet ska dock alltså reserveras för särskilt graverande fall (HFD 2014 ref. 69).

*Andra stycket* motsvarar nuvarande 21 kap. 5 § första stycket (prop. 2009/10:180 del 1 s. 369 och 370 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1159).

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

Paragrafen reglerar tidsfristen för tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift i de fall beslutet grundar sig på ett lagakraftvunnet avgörande om att ett avtal ska bestå trots att föreskriven avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 § inte följts eller att det får bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse enligt 20 kap. 14 §. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.5.

Paragrafen motsvarar delar av 21 kap. 6 § (prop. 2009/10:180 del 1 s. 371 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1159) med skillnaden att tidsfristen nu avser tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen fick laga kraft.

Paragrafen reglerar tidsfristerna för tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift och motsvarar delvis nuvarande 21 kap. 7 § LOU (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 371 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1159) med skillnaden att tidsfristen nu avser tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift. Övervägandena finns i avsnitt 5.5.

Till skillnad mot vad som gäller enligt de ärenden om upphandlingsskadeavgift för vilka tidsfristen regleras i 10 § är möjligheten att besluta om upphandlingsskadeavgift enligt denna paragraf inte beroende av att det finns ett domstolsavgörande rörande överprövning. I en del ärenden om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § finns det visserligen ett tidigare meddelat domstolsavgörande angående överprövning, medan det i andra upphandlingsskadeavgiftsärenden inte har väckts någon sådan föregående talan av en leverantör. För att undvika att ett mål om överprövning av avtal pågår samtidigt som tillsynsmyndigheten fattar beslut om upphandlingsskadeavgift avseende samma avtal, ska tillsynsmyndigheten i dessa fall avvakta viss tid med att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Av *första stycket* framgår att ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte får fattas senare än två år från det att upphandlingen avslutades genom ett avtal. Den borte gränsen att besluta om upphandlingsskadeavgift är två år från det att avtalet slöts. Av *andra mening* framgår att tillsynsmyndigheten dock inte får meddela beslut om upphandlingsskadeavgift innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut. I 20 kap. 17 och 12 §§ anges inom vilken tid en leverantör ska ge in en ansökan om överprövning av avtals giltighet till förvaltningsrätten.

I *andra stycket* regleras tidsfristen för tillsynsmyndigheten att besluta om upphandlingsskadeavgift i de fall då en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet. I sådana fall gäller inte fristen om två år i första stycket. Den borte gränsen för att besluta om upphandlingsskadeavgift är då i stället 6 månader från det att beslut med anledning av överprövningen av avtalet i fråga fått laga kraft. För det fall flera leverantörer ansökt om överprövning av det aktuella avtalet och dessa mål avgörs genom olika beslut, ska samtliga avgöranden ha fått laga kraft innan tillsynsmyndigheten får fatta beslut om upphandlingsskadeavgift. Om flera mål om överprövning avgjorts avses det senast lagakraftvunna beslutet.

## Betalning av avgift

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

Av paragrafen, som motsvarar nuvarande 21 kap. 8 § (prop. 2009/10:180 del 1 s. 371 och 372 och prop. 2015/16:195 del 1 s. 1159), framgår att upphandlingsskadeavgiften ska tillfalla staten. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen, som motsvarar nuvarande 21 kap. 9 § (prop. 2009/10:180 del 1 s. 372 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 1159–1160), reglerar betalning av upphandlingsskadeavgift. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

I paragrafen, som motsvarar nuvarande 21 kap. 10 § (prop. 2009/10:180 del 1 s. 372 och prop. 2015/16:195 del 2 s. 116.), anges att en beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att beslutet fick laga kraft. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

## Överklagande

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift eller förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen, som delvis motsvarar nuvarande 22 kap. 5 § med skillnaden att den nu även avser beslut om upphandlingsskadeavgift, innehåller bestämmelser om överklagande av tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift och föreläggande. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.6.1.

I *första stycket* anges att beslutet får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet riktar sig till har sin hemvist och att tillsynsmyndigheten blir den upphandlande myndighetens motpart i ett sådant mål.

I *andra stycket* anges att prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

## Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2024.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna behandlas i avsnitt 6. Av *första punkten* framgår att regleringen träder i kraft den 1 januari 2024. Av *andra punkten* framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen följer att en upphandling anses påbörjad 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 (se HFD 2013 ref. 31 och Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 39). Detta gäller även för icke-direktivstyrda upphandlingar.

## 8.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

### 1 kap.

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
  - verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling (2 kap.),
  - undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
  - allmänna bestämmelser (4 kap.),
  - tröskelvärden (5 kap.),
  - upphandlingsförfaranden (6 kap.),
  - ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling (7 kap.),
  - elektroniska metoder för upphandling (8 kap.),
  - tekniska krav (9 kap.),
  - annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande (10 kap.),
  - tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (11 kap.),
  - kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (12 kap.),
  - uteslutning av leverantörer (13 kap.),
  - kvalificering (14 kap.),
  - utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt (15 kap.),
  - fullgörande av kontrakt (16 kap.),
  - projekttävlingar (17 kap.),
  - anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland (18 kap.),
  - annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 (19 kap.),
  - direktupphandling (19 a kap.),
  - avtalspär, överprövning och skadestånd (20 kap.), och
  - *tillsyn och upphandlingsskadeavgift* (21 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1),
  - Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2), och
  - Definitioner av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3).

Paragrafen anger innehållet i lagen. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## 12 kap.

**14 §** En upphandlande enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationen av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.2 och 5.8.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**15 §** En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering, uteslutning och urval av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,

2. användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

3. tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och

4. att godkänna inlämning av anbud med andra medel än elektroniska.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

*Informationen ska finnas tillgänglig senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om skyldigheten att bevara information om upphandlingsförfaranden. Övervägandena finns i avsnitt 5.2 och 5.8.

Ändringen i *tredje stycket* sker till följd av att 21 och 22 kap. utgår och ett nytt 21 kap. införs.

I *fjärde stycket*, som är nytt, anges att informationen ska finnas tillgänglig senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen fattats.

## 19 kap.

**1 §** Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 §, och

2. upphandling eller projekttävling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

Paragrafen anger tillämpningsområdet för kapitlet. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**22 §** En upphandlande enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vid upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska en upphandlande enhet dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 § om bevarande av information.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationen av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 22 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **19 a kap.**

**1 §** Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande enheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfordran.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap., 20 och 21 kap.

Paragrafen anger tillämpningsområdet för kapitlet. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 19 a kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**10 §** En upphandlande enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde *överstiger* 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationsplikten avseende direktupphandlingar vars värde överstiger 100 000 kronor. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 19 a kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **21 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift**

### **Tillsyn**

*Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

Paragrafen reglerar frågan om vilken myndighet som utövar tillsyn över lagen. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att hämta in upplysningar. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 2 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen reglerar skyldigheten att lämna upplysningar när tillsynsmyndigheten utreder en potentiell överträdelse av lagen. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 3 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Förelägganden*

4 § Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 14 §.

Paragrafen, som inte har någon tidigare motsvarighet, innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att utfärda förelägganden om att upphandlande enheter ska besluta om riktlinjer för direktupphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.6.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

5 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn 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.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att utfärda utredningsförelägganden. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## Upphandlingsskadeavgift

### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §.

Paragrafen reglerar tillsynsmyndighetens skyldighet att besluta om upphandlingsskadeavgift i de fall domstol i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställt att ett avtal får bestå. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande enheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

I paragrafen regleras tillsynsmyndighetens befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift vid vissa överträdelser. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen reglerar när en upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.2.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

I paragrafen regleras upphandlingsskadeavgiftens storlek och vilka hänsyn som ska tas vid bestämmandet av den. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.



Paragrafen reglerar tidsfristerna för tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift i de fall beslutet grundar sig på ett lagakraftvunnet avgörande om att ett avtal ska bestå. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.5.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen fick laga kraft.

Paragrafen reglerar tidsfristerna för tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.5.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

I paragrafen anges att upphandlingsskadeavgiften ska tillfalla staten. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen reglerar betalning av upphandlingsskadeavgift. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

I paragrafen anges att en beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att beslutet fick laga kraft. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## Överklagande

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift eller förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om överklagande av tillsynsmyndighetens beslut. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.6.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2024.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna behandlas i avsnitt 6. Av *första punkten* framgår när de föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft. Av *andra punkten* framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna motsvarar ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till dessa bestämmelser.

## 8.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

### 1 kap.

**1 §** Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
  - blandad upphandling (2 kap.),
  - undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
  - allmänna bestämmelser (4 kap.),
  - tröskelvärde (5 kap.),
  - förfarandet vid upphandling (6 kap.),
  - tekniska krav och funktionskrav (7 kap.),
  - annonsering av upphandling (8 kap.),
  - tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (9 kap.),
  - kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (10 kap.),
  - uteslutning av leverantörer (11 kap.),
  - kvalificering (12 kap.),
  - utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner (13 kap.),
  - fullgörande av koncessioner (14 kap.),
  - upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3 (15 kap.),
  - avtalspär, överprövning och skadestånd (16 kap.), och
  - tillsyn och upphandlingsskadeavgift (17 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1),

- Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter (*bilaga 2*), *och*
- Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (*bilaga 3*).

Paragrafen anger innehållet i lagen. Övervägandena finns i avsnitt 5.8. I *första stycket* utgår den nuvarande sista strecksatsen. Ändringen i den nya *sista strecksatsen* sker till följd av att nuvarande kapitel 17 och 18 utgår och ersätts med ett nytt 17 kap. I övrigt görs vissa redaktionella ändringar.

## **10 kap.**

**14 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationen av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **15 kap.**

**9 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska *löpande* dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

Paragrafen reglerar dokumentationen av upphandlingar av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**11 §** Vid upphandling enligt detta kapitel gäller

- 16 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd, *och*
- 17 kap. om *tillsyn och* upphandlingsskadeavgift.

Paragrafen anger tillämpningsområdet för kapitlet. Övervägandena finns i avsnitt 5.8. Ändringen sker till följd av att 17 och 18 kap. utgår och ett nytt 17 kap. införs.

## 17 kap. Tillsyn och upphandlingskadeavgift

### Tillsyn

#### *Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

Paragrafen reglerar frågan om vilken myndighet som utövar tillsyn över lagen. Överväganden finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att hämta in upplysningar. Överväganden finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 2 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen reglerar skyldigheten att lämna upplysningar när tillsynsmyndigheten utreder en potentiell överträdelse av lagen. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 3 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

Paragrafen, som inte har någon tidigare motsvarighet, innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att utfärda förelägganden om att myndigheter och enheten ska besluta om riktlinjer för direktupphandling. Övervägandena finns i avsnitt 5.6.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**5 §** Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn 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.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens befogenhet att besluta om utredningsförelägganden. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Upphandlingsskadeavgift**

#### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §.

Paragrafen reglerar tillsynsmyndighetens skyldighet att besluta om upphandlingsskadeavgift i de fall domstol i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställt att ett avtal får bestå. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten eller enheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Paragrafen reglerar tillsynsmyndighetens befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift vid vissa överträdelser. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen reglerar när en upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.2.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelserna är.

I paragrafen regleras upphandlingsskadeavgiftens storlek och vilka hänsyn som ska tas vid bestämmandet av den. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

Paragrafen reglerar tidsfristen för tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift i de fall beslutet grundar sig på ett lagakraftvunnet avgörande om att ett avtal ska bestå. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.5.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ett beslut om upphandlingsskadeavgift inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen fick laga kraft.

Paragrafen reglerar tidsfristerna för tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift. Övervägandena finns i avsnitt 5.5.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

I paragrafen anges att upphandlingsskadeavgiften ska tillfalla staten. Övervägandena finns i avsnitt 5.8. Paragrafen motsvarar 21 kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen reglerar betalning av upphandlingsskadeavgift. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

I paragrafen anges att en beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att beslutet fick laga kraft. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift eller förelägganden får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som beslutet riktar sig till har sin hemvist. När ett beslut överklagas är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om överklagande av tillsynsmyndighetens beslut om upphandlingsskadeavgift och förelägganden. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.1 och 5.6.1.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser**

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2024.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna behandlas i avsnitt 6. Av *första punkten* framgår när de föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft. Av *andra punkten* framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna motsvarar ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till dessa bestämmelser.

## **8.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik**

### **4 a kap.**

**6 §** Vid konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 4 kap. 1–9 §§ (allmänna bestämmelser),
- 5 kap. 3 § (värdetidpunkt),
- 6 kap. (förfarandet vid upphandling),
- 7 kap. (tekniska krav och funktionskrav),
- 8 kap. (annonsering av upphandling), utom 2 och 8 §§,
- 9 kap. (tidsfrister för anbudsansökningar och anbud),
- 10 kap. (kommunikation, information till leverantörer och dokumentation),
- 11 kap. (uteslutning av leverantörer),
- 12 kap. (kvalificering),
- 13 kap. (utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner),

- 14 kap. (fullgörande av koncessioner), utom 9 §,
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), och
- 17 kap. 6–15 §§ (upphandlingsskadeavgift).

I paragrafen anges vilka bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner som ska tillämpas när avtal ska tilldelas genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Paragrafen kompletterar artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Ändringen sker till följd av att nuvarande kapitel 17 och 18 i lagen om upphandling av koncessioner utgår och ersätts med ett nytt 17 kap. Bestämmelserna i 17 kap. 6–15 §§ i den nämnda lagen, som innehåller bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift, ersätter de nuvarande bestämmelserna i 17 kap. samma lag om sådan avgift, se kommentarerna till de paragraferna.

**10 §** Vid sådan direkttilldelning som avses i 7 § tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 4 kap. 1 och 3 §§ (principer för upphandling av koncessioner),
- 10 kap. 12 § (underrättelse om beslut) och 14 § (dokumentation),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), utom 2 och 3 §§, och
- 17 kap. 6–15 §§ (upphandlingsskadeavgift).

När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i

1. 16 kap. 6 § första stycket om överträdelse av andra bestämmelser i den lagen i stället avse överträdelse av 7 eller 8 §,

2. 16 kap. 13 § första stycket om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om artikel 7.2 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 av den 14 december 2016 om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg, inte har beaktats eller om avtalet har slutits i strid med 7 eller 8 §, och

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla vid överträdelse av de principer för upphandling av koncessioner som gäller enligt första stycket eller vid överträdelse av 7 eller 8 §.

I paragrafen anges vilka bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner som ska tillämpas när avtal om allmän trafik tilldelas direkt enligt 7 §. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Ändringen i *första stycket sista strecksatsen* sker till följd av att nuvarande kapitel 17 och 18 i lagen om upphandling av koncessioner utgår och ersätts med ett nytt 17 kap. Bestämmelserna i 17 kap. 6–15 §§ i den nämnda lagen, som innehåller bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift, ersätter de nuvarande bestämmelserna i 17 kap. samma lag om sådan avgift, se kommentarerna till de paragraferna.

**11 §** Vid direkttilldelning enligt artikel 5.2 eller 5.3a, tilldelning enligt artikel 5.3b eller nödatgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 10 kap. 14 § (dokumentation),
- 16 kap. 4–21 §§ (överprövning och skadestånd), och
- 17 kap. 6–15 §§ (upphandlingsskadeavgift).

Vid direkttilldelning enligt artikel 5.3a, tilldelning enligt artikel 5.3b eller nödatgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning ska även 4 kap. 3 § (beaktande av miljö, social- och arbetsrättsliga hänsyn) i lagen om upphandling av koncessioner tillämpas.



När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i

1. 16 kap. 6 § första stycket om överträdelse av de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i den lagen i stället avse överträdelse av artikel 5.2, 5.3a, 5.3b eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt förordning (EU) 2016/2338,

2. 16 kap. 13 § om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om avtalet slutits i strid med artikel 5.2, 5.3a, 5.3b eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt förordning (EU) 2016/2338, och

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla om artikel 5.2, 5.3a, 5.3b eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i lydelsen enligt förordning (EU) 2016/2338, inte följts.

I paragrafen anges vilka bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner som ska tillämpas när avtal om allmän trafik tilldelas enligt vissa artiklar i EU:s kollektivtrafikförordning. Övervägandena finns i avsnitt 5.8.

Ändringen i *första stycket sista strecksatsen* sker till följd av att nuvarande kapitel 17 och 18 lagen om upphandling av koncessioner utgår och ersätts med ett nytt 17 kap. Bestämmelserna i 17 kap. 6–15 §§ i den nämnda lagen, som innehåller bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift, ersätter de nuvarande bestämmelserna i 17 kap. samma lag om sådan avgift, se kommentarerna till de paragraferna.

## 5 kap.

4 § Den myndighet som regeringen bestämmer ska utöva tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. och enligt artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Vid denna tillsyn tillämpas 17 kap. 1–5 och 15 §§ lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

*När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i 17 kap.4 § om föreläggande gälla i fråga om riktlinjer enligt 4 a kap. 9 §.*

Paragrafen reglerar frågan om vilken myndighet som utövar tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. och enligt artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning samt vilka bestämmelser som ska gälla vid tillsynen. Övervägandena finns i avsnitt 5.6.1 och 5.8.

Ändringen i *första stycket sista mening* sker till följd av att nuvarande kapitel 17 och 18 lagen om upphandling av koncessioner utgår och ersätts med ett nytt 17 kap. Bestämmelserna i 17 kap. 1–3, 5 och 15 §§ i den nämnda lagen ersätter de nuvarande bestämmelserna i 18 kap. samma lag, se kommentarerna till de paragraferna. Bestämmelsen 17 kap. 4 § i lagen om upphandling av koncessioner som anger att tillsynsmyndigheten kan förelägga om att vissa riktlinjer ska beslutas är ny. Genom hänvisningen kommer den nya bestämmelsen även att vara tillämplig vid den tillsyn som framgår av paragrafen.

I *andra stycket*, som är nytt, anger att vid tillämpning av bestämmelsen i 17 kap. 4 § lagen om upphandling av koncessioner ska det som sägs i den paragrafen om föreläggande gälla i fråga om riktlinjer enligt 4 a kap. 9 §. Av den senare paragrafen framgår att behöriga myndigheter ska besluta om riktlinjer för viss direkttilldelning.

### **Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser**

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2024.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna behandlas i avsnitt 6. Av *första punkten* framgår när de föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft. Av *andra punkten* framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna motsvarar ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till dessa bestämmelser.

## Sammanfattning av promemorian En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5)

I promemorian föreslås att Konkurrensverket, i egenskap av tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen, ska ges utökade 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.

Enligt förslagen ska Konkurrensverket få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift i första instans, dvs. utan ett ansökningsförfarande till allmän förvaltningsdomstol. Vidare föreslås att möjligheten att besluta om upphandlingsskadeavgift utvidgas till andra överträdelser än enbart otillåtna direktupphandlingar. Upphandlingsskadeavgift ska således kunna påföras vid överträdelser av bestämmelserna om efterannonsering, om publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas, om dokumentationsskyldighet, om individuella rapporter, om information om upphandlingsförfarande och om skyldigheten att motivera varför ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Dessutom föreslås att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift ska förlängas till två år och att avgiftens tak höjs från 10 miljoner kronor till 20 miljoner kronor.

Det föreslås vidare att Konkurrensverket ska kunna förelägga upphandlande myndigheter och enheter att besluta om riktlinjer för användning av direktupphandling och att sådana förelägganden ska kunna förenas med vite. Det bedöms att motsvarande bör gälla riktlinjer rörande beaktande av vissa samhällsintressen, om förslagen i promemorian En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen (Ds 2021:31) genomförs. I syfte att effektivisera utredningarna av potentiella överträdelser av upphandlingslagarna föreslås också att Konkurrensverket ska kunna rikta utredningsförelägganden även till leverantörer samt att sådana förelägganden ska kunna förenas med vite och att föreläggandet ska kunna gälla omedelbart. Slutligen föreslås att bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn, som för närvarande återfinns i två avslutande kapitel i upphandlingslagarna, slås ihop till ett nytt gemensamt kapitel i respektive lag.

De föreslagna ändringarna syftar till en effektivare tillsyn.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 februari 2023.

## Promemorians lagförslag

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling<sup>2</sup>

*dels* att 21 och 22 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 12 kap. 14 och 16 §§, 19 kap. 1 och 22 §§ och 19 a kap. 1 och 11 §§ ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 21 kap., av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

#### **1 kap.**

##### **1 §<sup>3</sup>**

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
- blandad upphandling (2 kap.),
- undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
- allmänna bestämmelser (4 kap.),
- tröskelvärden (5 kap.),
- upphandlingsförfaranden (6 kap.),
- ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling (7 kap.),
- elektroniska metoder för upphandling (8 kap.),
- tekniska krav (9 kap.),
- annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande (10 kap.),
- tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (11 kap.),
- kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (12 kap.),
- uteslutning av leverantörer (13 kap.),
- kvalificering (14 kap.),
- egen försäkran och utredning om leverantörer (15 kap.),
- utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt (16 kap.),
- fullgörande av kontrakt (17 kap.),
- projekttävlingar (18 kap.),

<sup>1</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2021/1952 av den 10 november 2021 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärden för offentliga varu-, tjänste- och byggtreprenadkontrakt samt projekttävlingar.

<sup>2</sup> Senaste lydelse av

21 kap. 1 § 2021:1110.

21 kap. 4 § 2021:1110.

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

- annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 (19 kap.),
    - direktupphandling (19 a kap.),
    - avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.),
    - upphandlingsskadeavgift (21 kap.), och
    - tillsyn (22 kap.).
  - avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.), och
  - tillsyn och upphandlingsskadeavgift (21 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1),
  - Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2), och
  - Definitioner av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3).

## 12 kap.

### 14 §

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera myndighetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

### 16 §

Av en individuell rapport ska följande framgå:

1. skäl till att ett anbud som har förkastats har ansetts vara onormalt lågt,
2. skäl till att ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör,
3. skäl till att en leverantör inte har godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem,
4. skäl till att förhandlat förfarande med föregående annonsering, förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog har tillämpats,
5. skäl till att inlämning av anbud med andra medel än elektroniska har godkänts, och
6. intressekonflikter och åtgärder som vidtagits till följd av dem.

*En individuell rapport ska fullgöras senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om avbrytande av upphandlingen.*

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran

skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §. skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om vilka uppgifter en individuell rapport ska innehålla.

## 19 kap.

### 1 §<sup>4</sup>

Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och

2. upphandling eller projekttävling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap. Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap., 20 kap. och 21 kap.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

### 22 §<sup>5</sup>

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vid upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska en upphandlande myndighet dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 och 16 §§ om individuella rapporter.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 19 a kap.

### 1 §<sup>6</sup>

Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfördran.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap. Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap., 20 kap. och 21 kap.

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

11 §<sup>7</sup>

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde uppgår till minst 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 21 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift

### Tillsyn

*Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

**2 §** Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande myndighet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller en leverantör. 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, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller en leverantör är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

*Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 15 §.

Ett sådant föreläggande får förenas med vite.

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

Föreläggandet får förenas med vite.

Tillsynsmyndigheten får bestämma att föreläggandet ska gälla omedelbart.

<sup>7</sup> Senaste lydelse 2021:1110.

## **Upphandlingsskadeavgift**

### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt

1. att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §, eller
2. att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten

1. har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §, eller
2. inte har iakttagit sina skyldigheter enligt bestämmelserna om
  - efterannonsering i 10 kap. 4 §, 19 kap. 7 § och 19 a kap. 13 §,
  - publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas i 10 kap. 5 a §, 19 kap. 8 § och 19 a kap. 14 §,
  - dokumentationsplikt i 12 kap. 14 §, 19 kap. 22 § och 19 a kap. 11 §,
  - individuella rapporter i 12 kap. 15 och 16 §§, eller
  - motiveringsskyldighet i 4 kap. 14 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts eller beslut om att avbryta upphandlingen fattades.

Ett beslut om upphandlingsskadeavgiften får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet eller av ett beslut att avbryta en upphandling har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet eller av ett beslut att avbryta upphandlingen får ett beslut inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga



kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

#### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut enligt detta kapitel får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndighet som beslutet 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 februari 2023.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

Häri genom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna<sup>2</sup>

*dels* att 21 och 22 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 12 kap. 14 och 15 §§, 19 kap. 1 och 22 §§ och 19 a kap. 1 och 10 §§ ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 21 kap., av följande lydelse.

<sup>1</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2021/1952 av den 10 november 2021 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärden för offentliga varu-, tjänste- och byggtjänstkontrakt samt projekttävlingar.

<sup>2</sup> Senaste lydelse av  
21 kap. 1 § 2021:1111.  
21 kap. 4 § 2021:1111.

**1 kap.**

1 §<sup>3</sup>

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),
- verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling (2 kap.),
- undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),
- allmänna bestämmelser (4 kap.),
- tröskelvärden (5 kap.),
- upphandlingsförfaranden (6 kap.),
- ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling (7 kap.),
- elektroniska metoder för upphandling (8 kap.),
- tekniska krav (9 kap.),
- annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande (10 kap.),
- tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (11 kap.),
- kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (12 kap.),
- uteslutning av leverantörer (13 kap.),
- kvalificering (14 kap.),
- utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt (15 kap.),
- fullgörande av kontrakt (16 kap.),
- projektävlingar (17 kap.),
- anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland (18 kap.),
- annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 (19 kap.),
- direktupphandling (19 a kap.),
- avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.),
- upphandlingsskadeavgift (21 kap.), och
- avtalsspärr, överprövning och skadestånd (20 kap.), och
- tillsyn och upphandlings-skadeavgift (21 kap.).
- tillsyn (22 kap.).

Till lagen hör följande bilagor:

- Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1),
- Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2),
- och
- Definitioner av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3).

**12 kap.**

14 §

En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

vara tillräcklig för att *motivera enhetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

vara tillräcklig för att *enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

### 15 §

En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpsystem som inrättas.

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering, uteslutning och urval av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,

2. användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

3. tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och

4. att godkänna inlämning av anbud med andra medel än elektroniska.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 21 kap. 1 §.

*Informationen ska finnas tillgänglig senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## 19 kap.

### 1 §<sup>4</sup>

Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. upphandling eller projekttävling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap. Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 5 kap., 20 kap. och 21 kap.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

#### 22 §<sup>5</sup>

En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vid upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska en upphandlande enhet dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 § om bevarande av information.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

### 19 a kap.

#### 1 §<sup>6</sup>

Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande enheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfördan.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap. Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 5 kap., 20 kap. och 21 kap.

#### 10 §

En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde uppgår till minst 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2021:1111.

## **21 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift**

### **Tillsyn**

#### *Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

**2 §** Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande enhet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet eller en leverantör. 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, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet eller en leverantör är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

#### *Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 19 a kap. 14 §.

Ett sådant föreläggande får förenas med vite.

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

Föreläggandet får förenas med vite.

Tillsynsmyndigheten får bestämma att föreläggandet ska gälla omedelbart.

### **Upphandlingsskadeavgift**

#### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft

1. har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om den upphandlande enheten

1. har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §, eller

2. inte har iakttagit sina skyldigheter enligt bestämmelserna om
- efterannonsering i 10 kap. 5 §, 19 kap. 7 § och 19 a kap. 12 §,
  - publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas i 10 kap. 6 §, 19 kap. 8 § och 19 a kap. 13 §,
  - dokumentationsplikt i 12 kap. 14 §, 19 kap. 22 § och 19 a kap. 10 §,
  - information om upphandlingsförfaranden i 12 kap. 15 §, eller
  - motiveringsskyldighet i 4 kap. 12 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts eller beslut om att avbryta upphandlingen fattades.

Ett beslut om upphandlingsskadeavgiften får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet eller av ett beslut att avbryta en upphandling har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet eller av ett beslut att avbryta upphandlingen får ett beslut inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut enligt detta kapitel får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enhet som beslutet 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 februari 2023.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

*dels* att 17 och 18 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 10 kap. 14 § och 15 kap. 9 § ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 17 kap., av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### **1 §**

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

<i>1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner</i>	<i>– lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner (1 kap.),</i>
<i>2 kap. – Blandad upphandling</i>	<i>– blandad upphandling (2 kap.),</i>
<i>3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde</i>	<i>– undantag från lagens tillämpningsområde (3 kap.),</i>
<i>4 kap. – Allmänna bestämmelser</i>	<i>– allmänna bestämmelser (4 kap.),</i>
<i>5 kap. – Tröskelvärde</i>	<i>– tröskelvärde (5 kap.),</i>
<i>6 kap. – Förfarandet vid upphandling</i>	<i>– förfarandet vid upphandling (6 kap.),</i>
<i>7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav</i>	<i>– tekniska krav och funktionskrav (7 kap.),</i>
<i>8 kap. – Annonsering av upphandling</i>	<i>– annonsering av upphandling (8 kap.),</i>
<i>9 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud</i>	<i>– tidsfrister för anbudsansökningar och anbud (9 kap.),</i>
<i>10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation</i>	<i>– kommunikation, information till leverantörer och dokumentation (10 kap.),</i>
<i>11 kap. – Uteslutning av leverantörer</i>	<i>– uteslutning av leverantörer (11 kap.),</i>
<i>12 kap. – Kvalificering</i>	<i>– kvalificering (12 kap.),</i>
<i>13 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner</i>	<i>– utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner (13 kap.),</i>
<i>14 kap. – Fullgörande av koncessioner</i>	<i>– fullgörande av koncessioner (14 kap.),</i>

<sup>11</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2021/1952 av den 10 november 2021 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärden för offentliga varu-, tjänste- och byggentreprenadkontrakt samt projektävtlingar.



- 15 kap. – Upphandling av – upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3 (15 kap.),
- 16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd – avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.),
- 17 kap. – Upphandlingsskadeavgift – Tillsyn och upphandlingsskadeavgift (17 kap.).
- 18 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor:
- Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt – Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1),
- Bilaga 2 – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter (bilaga 2), och
- Bilaga 3 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 3).

### 10 kap.

#### 14 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera myndighetens eller enhetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

### 15 kap.

#### 9 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *motivera myndighetens eller enhetens* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att *myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina* beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller*

*enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

## **17 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift**

### **Tillsyn**

#### *Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

**2 §** Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande myndighet eller enhet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet eller en leverantör. 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, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet eller en leverantör är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

#### *Förelägganden*

**4 §** Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

Ett sådant föreläggande får förenas med vite.

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

Föreläggandet får förenas med vite.

Tillsynsmyndigheten får bestämma att föreläggandet ska gälla omedelbart.

### **Upphandlingsskadeavgift**

#### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

**6 §** Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft

1. har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §, eller

2. har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §.

**7 §** Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten eller enheten

1. har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §, eller

2. inte har iakttagit sina skyldigheter enligt bestämmelserna om

- efterannonsering i 8 kap. 6 § eller 15 kap. 5 §,
- publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas i 8 kap. 7 a §, 14 kap. 16 § eller 15 kap. 5 a §, eller
- dokumentationsplikt i 10 kap. 14 § eller 15 kap. 9 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** 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.

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

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts eller beslut om att avbryta upphandlingen fattades.

Ett beslut om upphandlingsskadeavgiften får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet eller av ett beslut om att avbryta en upphandling har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet eller av ett beslut att avbryta upphandlingen får ett beslut inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut enligt detta kapitel får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndighet eller enhet som beslutet 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 februari 2023.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet<sup>2</sup>

*dels* att 17 och 18 kap. ska upphöra att gälla,

*dels* att 1 kap. 1 §, 10 kap. 12 §, 15 kap. 1 § och 21 § och 15 a kap. 1 och 9 § ska ha följande lydelse,

*dels* att det ska införas ett nytt kapitel, 17 kap., av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### 1 §<sup>3</sup>

I denna lag finns föreskrifter om

– lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),

– definitioner (2 kap.),

– tröskelvärden (3 kap.),

– upphandlingsförfaranden (4 kap.),

– ramavtal (5 kap.),

– elektronisk auktion (6 kap.),

– tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m. (7 kap.),

– annonsering av upphandling (8 kap.),

– tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (9 kap.),

– kommunikation, information och dokumentation (10 kap.),

– uteslutning av leverantörer (11 kap.),

– kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (12 kap.),

– tilldelning av kontrakt (13 kap.),

– underentreprenad (14 kap.),

– annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 3 (15 kap.),

– direktupphandling (15 a kap.),

– avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.),

– avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.), och

<sup>1</sup> Jfr 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, i lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2021/1950 av den 10 november 2021 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG vad gäller tröskelvärden för varu-, tjänste- och byggentreprenadkontrakt.

<sup>2</sup> Senaste lydelse av 17 kap. 14 § 2021:1112.

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2021:1112.

- upphandlingsskadeavgift (17 kap.), och
  - tillsyn (18 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1),
  - Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2),
  - Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3), och
  - Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4).

## 10 kap.

### 12 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska för varje upphandling upprätta ett protokoll, där det bl.a. ska framgå

1. det valda upphandlingsförfarandet,
2. skälen till att ett anbud förkastats,
3. skälen till att ett kontrakt eller ramavtal inte tilldelats en leverantör,
4. skälen till att förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–10 §§ tillämpats,
5. skälen till att tidsfristen i 4 kap. 8 § andra stycket eller 4 kap. 9 § tredje stycket eller att det värde som följer av 4 kap. 9 § andra stycket överskridits,
6. skälen till att konkurrenspräglad dialog tillämpats, och
7. skälen till att ett ramavtal har en löptid på mer än sju år.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att på Europeiska kommissionens begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen.

Regeringen *meddelar* närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Regeringen *kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela* närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

## 15 kap.

### 1 §<sup>4</sup>

Detta kapitel gäller för

1. upphandling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 §, och
2. upphandling av en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 3.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap. och 16–18 kap.

Vid upphandling enligt detta kapitel gäller även bestämmelserna i 1–3 kap., 16 kap. och 17 kap.

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2021:1112.

Om direktupphandling får användas enligt 15 a kap. gäller endast bestämmelserna i det kapitlet.

21 §<sup>5</sup>

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

**15 a kap.**

1 §<sup>6</sup>

Detta kapitel gäller vid direktupphandling. Med direktupphandling avses ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten eller enheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfördran.

Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap. och 16–18 kap. Vid direktupphandling gäller även 1–3 kap., 16 kap. och 17 kap.

9 §<sup>7</sup>

En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling om upphandlingens värde uppgår till minst 100 000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten eller enheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

*Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.*

**17 kap. Tillsyn och upphandlingsskadeavgift**

**Tillsyn**

*Allmänna bestämmelser om tillsyn*

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

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2021:1112.

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2021:1112.

<sup>7</sup> Senaste lydelse 2021:1112.

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

3 § En upphandlande myndighet eller enhet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet eller en leverantör är skyldig att lämna de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

#### *Förelägganden*

4 § Tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling enligt 15 a kap. 13 §.

Ett sådant föreläggande får förenas med vite.

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

Föreläggandet får förenas med vite.

Tillsynsmyndigheten får bestämma att föreläggandet ska gälla omedelbart.

### **Upphandlingsskadeavgift**

#### *Beslut om upphandlingsskadeavgift*

6 § Tillsynsmyndigheten ska besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft

1. har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §.

7 § Tillsynsmyndigheten får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten eller enheten

1. har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §, eller

2. inte har iakttagit sina skyldigheter enligt bestämmelserna om

– efterannonsering i 8 kap. 3 §, 15 kap. 6 § eller 15 a kap. 11 §,

– publicering av annonser om offentliga upphandlingar i en registrerad annonsdatabas i 8 kap. 5 §, 15 kap. 7 § eller 15 a kap. 12 §,



- skyldighet att upprätta protokoll i 10 kap. 12 §, eller
- dokumentationsplikt i 15 kap. 21 § eller 15 a kap. 9 §.

**8 §** I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

**9 §** Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 20 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 3 kap. 2 och 3 §§.

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

#### *Tidsfrister för beslut om avgift*

**10 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 6 § ska meddelas inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som beslutet grundas på fick laga kraft.

**11 §** Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts eller beslut om att avbryta upphandlingen fattades.

Ett beslut om upphandlingsskadeavgiften får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet eller av ett beslut om att avbryta en upphandling har löpt ut.

Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet eller av ett beslut att avbryta upphandlingen får ett beslut inte meddelas förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Beslutet ska då meddelas inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

#### *Betalning av avgift*

**12 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**13 §** En upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att beslutet fick laga kraft eller inom den längre tid som anges i beslutet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

**14 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om beslutet inte har kunnat verkställas inom fem år från att det fick laga kraft.

#### **Överklagande**

**15 §** Tillsynsmyndighetens beslut enligt detta kapitel får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndighet eller enhet som

beslutet 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 februari 2023.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

## Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik

Härigenom föreskrivs att 4 a kap. 6, 10 och 11 §§ och 5 kap. 4 § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik ska ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **4 a kap.**

#### 6 §<sup>1</sup>

Vid konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 4 kap. 1–9 §§ (allmänna bestämmelser),
- 5 kap. 3 § (värdetidpunkt),
- 6 kap. (förfarandet vid upphandling),
- 7 kap. (tekniska krav och funktionskrav),
- 8 kap. (annonsering av upphandling), utom 2 och 8 §§,
- 9 kap. (tidsfrister för anbudsansökningar och anbud),
- 10 kap. (kommunikation, information till leverantörer och dokumentation),
- 11 kap. (uteslutning av leverantörer),
- 12 kap. (kvalificering),
- 13 kap. (utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner),
- 14 kap. (fullgörande av koncessioner), utom 9 §,
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), och
- 17 kap. (upphandlings-                             – 17 kap. (*tillsyn* och upp-  
handlings-skadeavgift)                             handlings-skadeavgift).

#### 10 §<sup>2</sup>

Vid sådan direkttilldelning som avses i 7 § tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

<sup>1</sup> Senaste lydelse 2016:1212.

<sup>2</sup> Senaste lydelse 2016:1212.

- 4 kap. 1 och 3 §§ (principer för upphandling av koncessioner),
- 10 kap. 12 § (underrättelse om beslut) och 14 § (dokumentation),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), utom 2 och 3 §§, och
- 17 kap. (upphandlings- och upphandlingsskadeavgift).

När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i 1. 16 kap. 6 § första stycket om överträdelse av andra bestämmelser i den lagen i stället avse överträdelse av 7 eller 8 §,

2. 16 kap. 13 § första stycket om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om artikel 7.2 i EU:s kollektivtrafikförordning, i den ursprungliga lydelsen, inte beaktats eller om avtalet slutits i strid med 7 eller 8 §, och

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla vid överträdelse av de principer för upphandling av koncessioner som gäller enligt första stycket eller vid överträdelse av 7 eller 8 §.

– 17 kap. (tillsyn och upphandlingsskadeavgift).

2. 16 kap. 13 § första stycket om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om artikel 7.2 i EU:s kollektivtrafikförordning, i den ursprungliga lydelsen, inte beaktats eller om avtalet slutits i strid med 7 eller 8 §,

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla vid överträdelse av de principer för upphandling av koncessioner som gäller enligt första stycket eller vid överträdelse av 7 eller 8 §, och

4. 17 kap. 4 § om föreläggande och vite gälla i fråga om riktlinjer enligt 9 §.

### 11 §<sup>3</sup>

Vid direkttilldelning enligt artikel 5.2 eller nödatgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas följande bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner:

- 10 kap. 14 § (dokumentation),
- 16 kap. 4–21 §§ (överprövning och skadestånd), och
- 17 kap. (upphandlings- och upphandlingsskadeavgift).

Vid nödatgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning ska även 4 kap. 3 § (beaktande av miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn) i lagen om upphandling av koncessioner tillämpas.

När lagen om upphandling av koncessioner tillämpas ska det som sägs i 1. 16 kap. 6 § första stycket om överträdelse av de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i den lagen i stället avse överträdelse av artikel 5.2 eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i den ursprungliga lydelsen,

2. 16 kap. 13 § om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om avtalet slutits i strid med artikel 5.2 eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i den ursprungliga lydelsen, och

3. 16 kap. 20 § om skyldigheten att ersätta skada i stället gälla om artikel 5.2 eller 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i den ursprungliga lydelsen, inte följts.

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2016:1212.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska utöva tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. och enligt artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Vid denna tillsyn tillämpas 18 kap. lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

Den myndighet som regeringen bestämmer ska utöva tillsyn över upphandling av kollektivtrafik enligt 4 a kap. och enligt artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Vid denna tillsyn tillämpas 17 kap. lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 februari 2023.
  2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Efter remiss har yttranden över promemorian en effektivare upphandlings-tillsyn kommit in från Adda AB, Advokatfirman Kahn Pedersen KB, Advokatfirman Ulfsdotter AB, Affärsverket svenska kraftnät, Almega, Arbetsförmedlingen, Arbetsgivarverket, Domstolsverket, Ekonomistyrningsverket, Front Advokater AB, Företagarna, Försvarets materielverk, Försvarets radioanstalt, Försvarsmakten, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Umeå, Förvaltningsrätten i Linköping, Göteborgs kommun, Göteborgs universitet, TechSverige, Kammarkollegiet, Kammarrätten i Göteborg, Kemikalieinspektionen, Karolinska institutet, Kommerskollegium, Konkurrensverket, Kungl.Tekniska högskolan, Kungsbacka kommun, Kustbevakningen, Linköpings kommun, Luftfartsverket, Lunds kommun, Malmö kommun, Migrationsverket, Moll Wendén advokatbyrå AB, Myndigheten för digital förvaltning, Mälardalens universitet, Nacka kommun, Norrtälje kommun, Polismyndigheten, Post- och telestyrelsen, Region Jämtland Härjedalen, Region Skåne, Region Värmland, Skatteverket, Sveriges kommuner och regioner, Statens servicecenter, Statskontoret, Stockholms universitet, Strömsunds kommun, Svensk kollektivtrafik, Svenskt Näringsliv, Sveriges advokatsamfund, Sveriges offentliga inköpare, Säkerhetspolisen, Tillväxtverket, Transparency International Sverige, Umeå universitet, Upphandlingsmyndigheten, Varbergs kommun, Verket för innovations-system, Västra Götalandsregionen och Örebro kommun.

Degerfors kommun, Enköpings kommun, Falu kommun, Gotlands kommun, Gävle kommun, Haninge kommun, Havs- och vattenmyndigheten, Herrljunga kommun, Härjedalens kommun, Hässleholms kommun, Kiruna kommun, Konstnärernas riksförbund, Landskrona kommun, Myndigheten för samhällsskydd och beredskap, Osby kommun, Piteå kommun, Regelrådet, Sandvikens kommun, Sollefteå kommun, Stockholms kommun, Strängnäs kommun, Sundsvalls kommun, Torsby kommun, Trafikverket och Östersunds kommun har inbjudits att lämna synpunkter, men avstått från att yttra sig eller inte inkommit med några synpunkter.