

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625, 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Finansdepartementet

Remissyttrande R 15-02
2015-06-15

Dnr. Fi2015/1216

Ang. förslaget avseende nya regler för överprövning av upphandlingsmål (SOU 2015:12)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt tidigare konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling och har nyligen yttrat sig angående förslagen till nya lagar om upphandling (SOU 2014:51 och Ds 2014:25) och lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69).

SAMMANFATTNING

I betänkandet anges att syftet med det lämnade författningsförslagen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Konkurrenskommissionen, som avstyrker förslagen i stort, anser att detta syfte förfelas genom att fokus ytterligare förflyttas från de materiella upphandlingsregler som överprövningen egentligen bör avse till rent processjuridiska frågor. Kommissionen menar att detta knappast är ägnat att påskynda förfarandet i domstol utan tvärtom riskerar att skapa en situation med längre handläggningstider än idag, till skada för såväl det allmänna som för enskilda leverantörer.

Vidare har enligt kommittédirektivet utredningen särskilt haft att klarlägga vilka effekter förslagen kan få för små företag, inkluderande deras möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU:s regelverk. Såvitt framgår av en nyligen presenterad rapport står mikro- och småföretag för så mycket som en tredjedel av den totala försäljningen till offentlig sektor. Dessa företag riskerar enligt Konkurrenskommissionens mening att särskilt drabbas av de nya bestämmelserna och i större utsträckning än tidigare bli beroende av att anlita specialjuridisk kompetens för att överhuvudtaget kunna tillvarata sin rätt i mål om överprövning. Detta framstår som särskilt betänkligt i belysning av att utredningen samtidigt föreslår att leverantörernas rätt till ersättning för sina skäligen ombudskostnader i sådana mål ska lagstiftas bort. Således kan konstateras att särskilt småföretagens ställning riskerar att försämrats vid införandet av de föreslagna reglerna.

Om förslaget genomförs fullt ut riskerar det vidare att komma i konflikt med grundlagens och Europakonventionens krav på rättvisa rättegångar samt den unionsrättsliga reglering som ytterst följer av EU:s primärrätt, däribland rättsmedelsdirektivets krav på att medlemsstaterna ska tillhandahålla effektiva, proportionella och avskräckande bestämmelser till skydd för leverantörer och den s.k. likvärdighetsprincipen.

YTTRANDE I SAK

Ersättning för processkostnader

Konkurrenskommissionen avstyrker utredningens förslag att det inte längre ska vara möjligt för en leverantör att erhålla skadestånd för sådana skäligena kostnader som denne haft för att säkerställa sin rätt gentemot en upphandlande myndighet som genomfört en upphandling på ett lagstridigt sätt.

Utredningen anger att den föreslagna ändringen syftar till att ”återställa jämvikten” mellan upphandlande myndigheter och leverantörer. Det finns i detta sammanhang anledning att erinra om att Konkurrensverket i en nyss presenterad rapport *Den offentliga marknaden i Sverige*, uppdragsforskningsrapport 2015:4, har funnit att mikro- och småföretagens samlade försäljning till stat, kommuner och landsting, och därmed sammanhängande deltagande vid offentlig upphandling, uppgår till c:a 138 miljarder kronor per år eller c:a 35 procent av den totala upphandlade volymen.

Att påstå att mikro- och småföretag skulle var jämbördiga med skattefinansierade upphandlande myndigheter är direkt felaktigt. Dessa leverantörer måste snarast ses som parter vars ställning är långt mycket svagare än de upphandlande myndigheternas.

Redan nu är den juridik som förekommer i upphandlingsmål synnerligen komplicerad. Med de förslag som utredningen presenterat riskerar leverantörernas möjlighet att tillvarata sin rätt att ytterligare försvåras. Flertalet komplicerade processfrågor kommer därmed att aktualiseras. Mindre leverantörer – vilka till skillnad från flertalet upphandlande myndigheter saknar tillgång till egen juridisk expertis – riskerar således att i framtiden bli ytterligare beroende av att anlita externt rättsligt biträde. Av denna anledning finner Konkurrenskommissionen det närmast utmanande att möjligheten för leverantörer att erhålla kompensation för sådana skäligena kostnader som de har haft för att kunna säkra sin rätt i en lagstridig upphandling ska tas bort.

Vidare riskerar den föreslagna ordningen att strida mot Sveriges åtaganden gentemot EU. Rätten för en leverantör att erhålla skadestånd på grund av upphandlande myndigheters överträdelser följer ytterst av tvingande reglering i rättsmedelsdirektiven. Av art. 2.1.c i det s.k. första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) framgår att medlemsstaterna ska säkerställa de nationella prövningsorganens behörighet att ge ersättning åt en person *som skadats av överträdelse av upphandlingslagstiftningen*. Ändringsdirektivet (2007/66/EEG) innebär ingen ändring i detta avseende, se art. 1 där art. 2.1.c första rättsmedelsdirektivet återges oförändrad. Se även NJA 2013 s. 762, där bestämmelsen särskilt återopas av Högsta domstolen. Direktivens skadeståndsbestämmelser syftar, såsom domstolen även konstaterat i NJA 2013 s. 909 (p. 12), bland annat till att åstadkomma ett tryck på de upphandlande myndigheterna att tillämpa korrekta förfaranden och har således inte enbart en reparativ utan även en punitiv funktion, se NJA 2007 s. 349.

Rättsmedelsdirektivens ovan redovisade reglering motsvaras av 16 kap. 20 § första stycket LOU, vilken har en i det närmaste identisk lydelse med direktivtexterna. I enlighet med den svenska bestämmelsen är den upphandlande myndigheten, *utan någon uttrycklig inskränkning till vad skadan avser* (se NJA 2013 s. 762), skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av upphandlingsfelet.

Eftersom den svenska regleringen i LOU i detta fall är – och även måste vara – identisk med den bakomliggande direktivtexten medför detta att kostnader som en leverantör ådragits – utan inskränkning till om skadan avser ombudskostnader för överprövning – utgör en enligt lagen och direktiven ersättningsgill skada, under förutsättning att skadan orsakats av en konstaterad överträdelse från den upphandlande myndighetens sida. Detta är, såsom Högsta domstolen angivit i NJA 2013 s. 762, exempelvis fallet om överprövningsprocessen medfört framgång för den sökande leverantören.

I belysning av Högsta domstolens nyligen meddelade pleniavgörande, den 12 juni 2015 i mål nr. Ö 2481-13, kan även konstateras att den föreslagna begränsningen riskerar utmana gränserna för svensk grundlag och konventionsrätten. I 2 kap. 11 § andra stycket regeringsformen föreskrivs att en rättegång ska genomföras *rättvist*. Bestämmelsen följer av art. 6.1 Europa konventionen samt, såvitt avser unionsrättsligt garanterade rättigheter, även av artikel 47 i EU-stadgan. Av Europadomstolens praxis i målet *Stankiewicz mot Polen*, no. 46917-99, ECHR 12006-VI, framgår att i kravet på en *rättvis rättegång* ligger att en enskild som vinner mål mot staten ska ha rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Avsaknaden av en sådan ersättningsmöjlighet kan nämligen påverka den enskildes möjlighet att anlita ett ombud på sätt som i slutändan riskerar försätta denne i underläge gentemot staten. Eftersom regeringsformens aktuella reglering omfattar även förvaltningsprocessuella måltyper har enskild som framgångsrikt fört talan om överprövning av en upphandling således en grundlags- och konventionsskyddad rätt att under vissa förutsättningar erhålla ersättning för sina skäligen nedlagda rättegångskostnader.

Införandet av en sådan skadeståndsbegränsning som föreslås i betänkandet riskerar medföra en avvikelse mellan den nationella rätten och direktiven. För dylika fall har Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 1996 ref. 50 konstaterat att rättsmedelsdirektivens reglering ska ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall avvikelsen innebär att direktivbestämmelsen ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom den nationella lagstiftningen - jfr. EU-domstolens dom av den 5 februari 1963 i mål C-26/62, *van Gend en Loos*, REG 1963 samt av den 9 mars 1978 i mål C-106/77, *Simmenthal*, REG 1978 s. 629.

Enligt kommissionens bedömning riskerar den föreslagna ändringen även strida mot den unionsrättsliga *likvärdighetsprincipen*. Enligt denna princip får nationella bestämmelser som gäller för prövning av överträdelse nämligen inte vara mindre gynnsamma än de som annars gäller för en motsvarande överträdelse av rent nationell rätt - se bl.a. EU-domstolens dom av den 16 december 1976 i mål C-33/76, *Rewe*, REG 1976 s. 1989.

Högsta domstolen fann redan i NJA 2010 s. 112 att om det har förekommit fel eller försummelse från det allmännas sida kan det bli aktuellt att i vissa fall genom skadestånd ersätta ombudskostnaderna i förvaltningsprocessuella mål. Det är denna rätt till skadestånd som domstolen senare, i NJA 2013 s. 762, har tillämpat även på rättegångskostnader i överprövningsmål. Möjligheten till skadestånd för bl.a. ombudskostnader i förvaltningsmål har således i svensk rätt generell giltighet vid ett konstaterat fel eller försummelse från det allmännas sida. Att på sätt som nu föreslås inskränka denna möjlighet till att inte gälla enskilda leverantörers kostnader för att med framgång utöva sina *unionsrättsligt skyddade* rättigheter enligt rättsmedelsdirektiven kommer att sätta dessa i en sämre position än där skadan hänför sig till överträdelse av rent nationella regler. Konkurrenskommissionen menar därför att den föreslagna ordningen även riskerar att bryta mot den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen.

Med ledning av domstolarnas ovan redovisade konstateranden kan det sålunda sättas ifråga om den föreslagna bestämmelsen överhuvudtaget kommer att kunna tillämpas i svensk domstol, eftersom rättsmedelsdirektiven i dessa fall ska äga företräde. Det kan även noteras att det från domstolarnas verksamhet endast finns ett fåtal redovisade fall av skadeståndskrav till följd av mål om överprövning enligt LOU. Förekomsten av dylika krav måste därmed anses försumbar.

Konkurrenskommissionen avstyrker utredningsförslaget i denna del då det inte enbart riskerar strida mot grundlag och konventionsrätten samt innebär betydande rättsosäkerhet för främst mindre företags möjlighet att tillvarata sina rättigheter vid offentlig upphandling. Eftersom rätten till skadestånd är unionsrättsligt garanterad riskerar förslaget även medföra betydande rättsosäkerhet vid domstolarnas tillämpning som endast kommer kunna lösas genom förhandsavgörande från EU-domstolen.

Konkurrenskommissionen vill avslutningsvis uppmärksamma den föreslagna bestämmelsens något märkliga utformning. Enligt förslaget ska en leverantör inte kunna få ersättning för ”kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part *skäligen* har behövt ...” (vår understrykning). Detta kan motsatsvis uppfattas så att sådana oskäligen kostnader en leverantör haft för att tillvarata sin rätt skulle kunna vara ersättningsgilla.

Preklusionsfrist

Konkurrenskommissionen avstyrker utredningens förslag om införandet av en preklusionsfrist eftersom denna riskerar att i än större grad komplicera överprövningsmålen. Redan idag utgör en stor del av den rättspraxis som avser överprövningar rena processfrågor, såsom den klagande leverantörens talerätt eller huruvida en annan leverantör ska få inträda i processen.

Den rättspraxis som hittills tillskapats har gjort överprövningsmålen allt mer komplexa, jfr. Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, 2012, s. 3. Genom att tillföra fler processhinder bestämmer – vilka ändå kommer att behöva prövas av domstolarna – riskerar överprövningsmålen att tyngas ytterligare. Konkurrenskommissionen anser därför, och särskilt med beaktande att utredningen inte anser att en leverantör ska ha rätt till ersättning för sina skäligt nedlagda rättegångskostnader, att några ytterligare processhinder såsom de nu föreslagna inte bör införas.

Såsom bland annat har konstaterats när denna fråga tidigare utretts (se bl.a. SOU 2006:28, s. 290-295) riskerar införandet av en preklusionsfrist medföra en ökning snarare än en minskning av antalet mål som anmäls för överprövning vid allmän förvaltningsdomstol. Detta eftersom berörda leverantörer av rent taktiska skäl vid en sådan frist tvingas föra talan mot alla tänkbara fel eller otydligheter i en upphandling, för att senare eventuellt kunna åberopa dessa efter tilldelning. Det skapas således en risk för att leverantörer hellre åberopar för mycket än för lite och även i oträngt mål anmärker på sådant som senare skulle kunna tänkas utgöra hinder mot tilldelning. Detta medför enligt Konkurrenskommissionens mening inte enbart merarbete för de domstolar som kommer ha att pröva dessa mål utan även för berörda myndigheter och leverantörer. Även den processavhållande funktion som nu ligger i att efter tilldelning, för bifall vid överprövning, krävs att den sökande leverantören kan visa på ett kausalsamband och göra sannolikt att hen rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet, riskerar därmed att gå förlorad. Innan tilldelning meddelats kan nämligen samtliga leverantörer hävda skada av ett påstått fel.

Vidare kan den omständigheten att varje leverantör är *skyldig* att anmärka på ett fel för att senare kunna åberopa det bedömas medföra att upphandlande myndigheter överhoppas av frågor som de kommer att behöva besvara. Konkurrenskommissionen kan inte se på vilket sätt detta kan vara ägnat att öka effektiviteten inom offentlig upphandling. Snarare riskerar det att leda till motsatsen.

Vad gäller rätten för en leverantör att göra anmärkning inom i vart fall tio dagar efter att denne *fick eller bort ha fått kännedom* om felet eller bristen vill Konkurrenskommissionen anmärka följande. Genom införandet av en sådan regel riskerar den upphandlingsrättsliga processen att komma att omfatta ännu fler komplicerade frågeställningar. Domstolarna måste nämligen, om förslaget genomförs, pröva *när* den sökande leverantören bort känna till den aktuella överträdelsen. Skulle domstolen komma fram till att leverantören inkommit för sent ska talan rätteligen avvisas i ett beslut som särskilt kan överklagas. Risker blir härmed att domstolsprocessen ytterligare drar ut på tiden utan att målet överhuvudtaget prövas i sak. Konkurrenskommissionen kan inte se på vilket sätt detta kan vara ägnat att öka effektiviteten inom upphandlingsprocessen. Snarare riskerar det att leda till motsatsen.

Sammantaget avstyrker således Konkurrenskommissionen förslaget om att införa en preklusionsfrist. När det gäller lagtextförslagets aktuella utformning ska leverantören kunna visa att ”*anmärkning mot felet eller bristen gjorts*” (vår mark.). Det kan således inte av ordalydelsen utläsas annat än att det är tillräckligt att någon har gjort en anmärkning avseende den aktuella bristen. Av utredningsbetänkandet framgår dock att det förutsatts att det är den enskilde leverantören som ska ha gjort anmärkningen. Det är enligt Konkurrenskommissionens mening viktigt att detta även klarläggs i lagtexten, om förslaget nu i denna del ska genomföras.

Nya omständigheter i kammarrätt

Konkurrenskommissionen avstyrker utredningens förslag om att införa förvaltningsprocessuella hinder mot att åberopa nya omständigheter i kammarrätt. Det finns idag inget sådant hinder annat än en fakultativ bestämmelse i 37 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) som enbart gäller i Högsta förvaltningsdomstolen - jfr. HFD 2013 ref. 5 och RÅ 2003 ref. 15. Den föreslagna begränsningen skulle endast komma att avse talan om överprövning och skulle därigenom medföra en särreglering för unionsrättsligt grundade upphandlingsmål jämfört med övriga förvaltningsprocessuella måltyper. Konkurrenskommissionen anser att även denna begränsning riskerar ytterligare tynga överprövningsmålen med onödigt processjuridik samt strider mot den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen, varför förslaget inte bör genomföras.

Undantag för temporär direktupphandling

Konkurrenskommissionen finner visserligen inte anledning att avstyrka utredningens förslag om undantag för temporär direktupphandling. Dock anser kommissionen att det tydligt bör framgå att undantaget endast är tillämpligt för det fall att samtliga övriga rekvisit är uppfyllda; bland annat att det ska vara *absolut nödvändigt* att tilldela det aktuella kontraktet, exempelvis för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv eller att bevara växter, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling (se skäl 6 till det klassiska upphandlingsdirektivet 2004/18/EG), vid naturkatastrofer (se skäl 80 till det nya klassiska upphandlingsdirektivet 2014/24/EU) eller vid behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11). Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa (se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12). Vid de flesta normalt förekommande upphandlingar, där behovet ändå kan avvakta ett annonserat upphandlingsförfarande, kan det dock knappast föreligga en sådan *absolut nödvändighet* att direkttilldelning ska tillåtas.

Konkurrenskommissionen delar därmed utredningens bedömning att aktuella direkttilldelningar inte får avse anskaffningar i större utsträckning än vad som är absolut nödvändigt för att tillgodose det akuta behov myndigheten har av det som kontraktet avser. Övriga behov ska således säkerställas inom ramen för annonserad upphandling.

Vidare anser Konkurrenskommissionen att den föreslagna bestämmelsen inte ska kunna tillämpas om det är den upphandlande myndigheten som har föranlett förseningen, genom att exempelvis överklaga ett förvaltningsrättsavgörande till kammarrätt eller vidare i instansordningen. På så sätt skulle upphandlande myndigheter snarast uppmanas till att av taktiska skäl överklaga avgöranden som har gått dem emot, för att därigenom kunna direktupphandla från en viss önskad leverantör. En sådan ordning kan inte anses eftersträfvansvärd.

Frister för ansökan om skadestånd

Konkurrenskommissionen tillstyrker utredningens förslag att ändra fristen för ansökan om skadestånd på sådant sätt att tiden ska räknas från den dag då leverantören fick kännedom om det aktuella avtalet. Konkurrenskommissionen förordar dock att fristen ska vara ett år.

Kommissionen avstyrker utredningens förslag att nuvarande frist även fortsättningsvis ska gälla för upphandlingar som handläggs i enlighet med de icke direktivstyrda bestämmelserna. Denna ordning riskerar att skapa ökad förvirring kring de processfrågor som redan nu tynger målen om offentlig upphandling samt ökar bördan på domstolarna och riskerar att tillskapa onödiga tröskelleffekter mellan lagens direktivstyrda och icke direktivstyrda bestämmelser.

Som tidigare redovisats står mikro- och småföretagen för en betydande andel av de upphandlande myndigheternas köp vid offentlig upphandling. Dessa köp hamnar ofta under tröskelvärdena. Genom utredningens förslag skulle dessa företag sättas i ett sämre läge än de som har såväl möjlighet som kapacitet att konkurrera om de större kontrakt som regleras i lagens direktivstyrda bestämmelser. Konkurrenskommissionen anser sålunda att utredningens förslag är ägnat att kraftigt motverka de mindre företagens möjligheter att tillvarata sin rätt.

Vidare menar Konkurrenskommissionen att den föreslagna ordningen riskerar komma i direkt konflikt med unionsrättens bestämmelser. Av EU-domstolens fasta praxis framgår nämligen att även icke direktivstyrda upphandlingar kan ha ett sådant gränsöverskridande intresse att de grundläggande principer som följer av bl.a. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) därmed ska tillämpas. Dessa upphandlingar måste således handläggas i överensstämmelse med EU:s primärrätt – se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 december 2014 mål C-113/13, *Spezzino mfl.* REU 2014 s. I-2440.

Domstolen har exempelvis angivit att syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa att effektiva rättsmedel står till buds i alla medlemsstater i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler. Domstolen har vidare framhållit att de förfaranden för att väcka talan som är avsedda att tillvarata leverantörers unionsrättsligt garanterade rättigheter inte får förtä rättsmedelsdirektivens ändamålsenliga verkan – se EU-domstolens dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale Bau*, REG 2002, s. I-11617, pp. 71 och 72.

I den rättsliga doktrinen anförts att det ankommer på EU:s medlemsstater att i sina interna rättsordningar fastställa tillämpliga rättsmedel för kontrakt som omfattas av primärrätten. Vidare att den unionsrättsliga effektivitetsprincipen innebär att rättsmedlen inte får göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter – se bl.a. Sundstrand, avhandlingen ”*Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*”, s. 301 ff.

Av unionsrättslig praxis följer att rättsmedelsdirektivens krav på *effektiv prövning* av överträdelser av tillämpliga bestämmelser för offentlig upphandling endast kan uppnås om fristerna för att ansöka om prövning börjar löpa den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelsen av nämnda bestämmelser – se EU-domstolens dom av den 28 januari 2010 i mål C-406/08, *Uniplex*, REU 2010 s. I-817, p. 32.

Av EU-domstolens ovan redovisade praxis kan således utläsas att effektivitetsprincipen utgör hinder för att en nationell bestämmelse begränsar leverantörers rätt att ansöka om skadestånd till en viss given tidpunkt utan att hänsyn tas till leverantörens kännedom om den aktuella överträdelsen.

Utredningens förslag riskerar sålunda även att i denna del bryta mot grundläggande unionsrätt såvitt gäller upphandlingar som ska handläggas i enlighet med de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU men som ändå har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Konkurrenskommissionen förordar därför att preskriptionsbestämmelserna om skadestånd ändras på så sätt att samma regler gäller såväl för det direktivstyrda som det icke direktivstyrda området.

Frister för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Till skillnad från utredningen förordar Konkurrenskommissionen att tidsfristen för tillsynsmyndigheten att ansöka om upphandlingsskadeavgift förlängs.

Konkurrenskommissionen anser att det är av yttersta vikt att upphandlingslagarna utformas på ett konformt sätt. Därmed förenklas förståelsen av lagen. Användandet av olika preskriptionsfrister riskerar att göra området för offentlig upphandling än mer oöverskådligt än vad det redan är och bör därför undvikas. I enlighet med utredningens förslag om en förändrad talefrist vad avser leverantörers rätt till skadestånd anser kommissionen att fristen för att väcka talan om upphandlingsskadeavgift ska utformas på ett likformigt sätt. På så sätt uppnås en författningskonform utformning av lagstiftningen. Vidare skulle på detta sätt säkerställas att upphandlingsskadeavgiften får en sådan avskräckande och effektiv verkan som förutsätts enligt unionsrätten.

Konkurrenskommissionens mångåriga erfarenhet av att granska och utreda otillåtna direkttilldelningar är att dessa inte sällan sker i det fördolda och att det kan ta lång tid innan någon utomstående får kännedom om det aktuella avtalet. Genom att koppla fristen för ansökan till den tidpunkt vid vilken tillsynsmyndigheten har *fått kännedom* om den aktuella överträdelsen motverkas en situation där upphandlande myndigheter premieras av att hemlighålla avtalet en längre tid.

Såvitt gäller utredningens konstaterande att den aktuella frågan bör handläggas som en fråga om resursfördelning inom tillsynsmyndigheten anser Konkurrenskommissionen att detta är såväl en felaktig slutsats som en oinformerad uppfattning om rådande situation. För det fall att myndigheten fått kännedom om en överträdelse först ett år efter att avtal slutits kan den ändå inte genom resursomfördelning internt påverka denna situation. Däremot skulle tillsynsmyndigheten möjligen kunna hantera det som en resursfördelningsfråga för det fall att den kan ansöka om upphandlingsskadeavgift inom ett år från det att den fått kännedom om den aktuella överträdelsen.

Konkurrenskommissionen ställer sig vidare frågande till utredningens uppfattning att de upphandlande myndigheternas intresse av att endast under en begränsad tid veta om en talan om en sanktion kommer att väckas är någonting skyddsvärt. Konkurrenskommissionen delar således inte utredarens uppfattning att dessa myndigheter har ett behov av att inte under lång tid vara i ovisshet när det gäller påförandet av en eventuell avgift. I vart fall anser Konkurrenskommissionen, eftersom det rör sig om konsekvenser av de allvarligaste överträdelserna om offentlig upphandling, att upphandlande myndigheter inte ska sättas i en bättre ställning än exempelvis leverantörer vid utformningen av preskriptionsfrister. När det gäller konkurrensskadeavgift, vilken får anses inneha en liknande konkurrensbevakande funktion som upphandlingsskadeavgift, föreligger det en preskriptionstid om fem år efter det att överträdelsen *upphörde* - se 3 kap. 20 § konkurrenslagen (2008:579).

Konkurrenskommissionen anser därför att upphandlingslagarnas preskriptionsbestämmelser ska utformas på ett likartat sätt och konformt med annan motsvarande lagstiftning och finner det därför lämpligt att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit rätten tillhanda senast ett år från det att tillsynsmyndigheten *fick kännedom* om det aktuella avtalet.

Övriga synpunkter

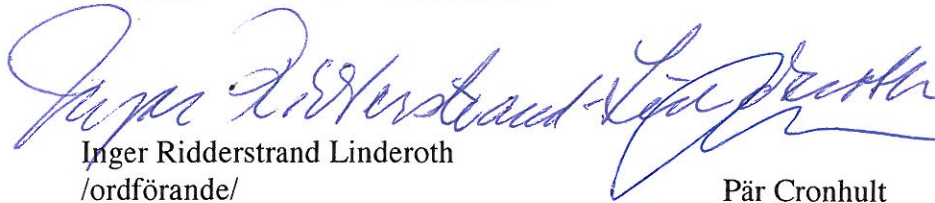
Konkurrenskommissionen förordar utredningens förslag om att införa en skyldighet för förvaltningsrätten att avgöra ett mål om överprövning inom 90 dagar och att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt.

Konkurrenskommissionen delar även utredningens bedömning att ansökningsavgifter för ansökningar om överprövning och att något direkt processkostnadsansvar för förlorande part inte ska införas. Sedan tidigare gällande praxis enligt NJA 2010 s. 112 och 2013 s. 762 om att leverantörernas ombudskostnader vid en framgångsrik överprövningstalan ska kunna ersättas genom skadestånd är tillräcklig.

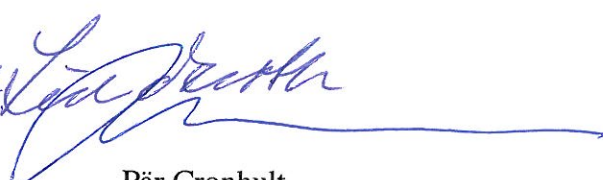
Vidare delar Konkurrenskommissionen utredningens bedömning att nuvarande bestämmelse om förlängd avtalsspärr inte behöver ändras.

Såvitt gäller de förslag där utredningen fastnat i att några ändringar inte ska genomföras instämmer Konkurrenskommissionen i utredningens bedömning.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand Linderoth
/ordförande/



Pär Cronhult
/föredragande