

Ert datum:
2019-10-30

Datum:
2020-02-12

Er ref:
Fi2019/02619/OU

Diarienummer:
UHM-2019-0253

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upp- handlingstillsynen (Fi2019/02619/OU)

Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten anser att det är angeläget att tillsynen inom upphandlingsområdet är effektiv och delar bedömningen att tillsynsmyndigheten idag saknar tillräckliga tillsynsbefogenheter. De föreliggande förslagen om att tillsynsmyndigheten ska få meddela de förelägganden och förbud som behövs för att lagen ska kunna följas, inklusive att sådana beslut ska gälla omedelbart, samt att besluten ska få förenas med vite, bör dock enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning beredas och utredas ytterligare av Regeringskansliet.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslagen om att införa ett ökat maxbelopp på upphandlingsskadeavgifter och om att tillsynsmyndigheten ska kunna avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift om det är fråga om ringa fall eller om det finns synnerliga skäl.

Ert datum:
2019-10-30

Datum:
2020-02-12

Er ref:
Fi2019/02619/OU

Diarienummer:
UHM-2019-0253

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslagen om att en ansökan om upphandlings-skadeavgift inte ska få göras förrän samtliga beslut med anledning av överprövning har vunnit laga kraft samt att sådana ansökningar ska ha kommit in inom två år från det att avtalet slöts.

Vidare tillstyrker Upphandlingsmyndigheten förslaget att Konkurrensverket ska få i uppdrag att uppmärksamma och motverka korrupktion och annat förtroendeskadligt beteende samt de redaktionella ändringar av lagstiftningen som föreslås i promemorian.

Inledning

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter samt att stödja de leverantörer som deltar i sådan upphandling.

Enheten för offentlig upphandling på Finansdepartementet har remitterat förevarande promemoria, som är författad av Konkurrensverket. I promemorian föreslår Konkurrensverket bland annat en väsentligen utvidgad tillsynsverksamhet för myndigheten inom upphandlingsområdet. Såsom Konkurrensverket påtalar i promemorian har myndigheten bedrivit tillsynsverksamhet över aktuellt område sedan 2007 och regelverket med upphandlingsskadeavgifter har tillämpats sedan 2010. Upphandlingsmyndigheten instämmer i bedömningen att tiden nu är mogen för en översyn.

Konkurrensverket har även framhållit att regelverket behöver förändras med anledning av vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i HFD 2018 ref. 71. I det avgörandet slogs fast att tillsynsmyndigheten agerade utanför sin kompetens när den i ett tillsynsbeslut uttalade att man förväntade sig att kommunerna framledes skulle upphandla ifrågavarande tjänster genom att iaktta upphandlingslagstiftningen. Högsta förvaltningsdomstolen fann att beslutet var av sådan handlingsdirigerande art att det påverkade kommunerna på sådant sätt att det ansågs vara överklagbart. Vidare fann Högsta förvaltningsdomstolen att Konkurrensverkets saknade rättslig grund för att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Upphandlingsmyndigheten instämmer i att avgörandet

Ert datum:
2019-10-30

Datum:
2020-02-12

Er ref:
Fi2019/02619/OU

Diarienummer:
UHM-2019-0253

från Högsta förvaltningsdomstolen föranleder att Konkurrensverkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet behöver utredas och klargöras.

Upphandlingsmyndighetens yttrande nedan följer promemorians rubriksättning och fokuserar genomgående på avsnitt 4 "Överväganden och förslag".

4.1 och 4.6 Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande respektive Vite

Upphandlingsmyndigheten vill inledningsvis framhålla att det är angeläget att tillsynen inom upphandlingsområdet är effektiv och delar bedömningen att tillsynsmyndigheten idag saknar tillräckliga tillsynsbefogenheter. En korrekt tillämpning av det upphandlingsrättsliga regelverket medför att konkurrensen tas till vara, att korrupta beteenden motverkas och att offentliga medel används på ett effektivt sätt.

Upphandlingsmyndigheten instämmer mot denna bakgrund i bedömningen att det är en brist att tillsynsmyndigheten idag inte kan angripa konstaterade överträdelser av upphandlingslagstiftningen som inte rör åsidosättande av annonseringsskyldigheten.

Upphandlingsmyndigheten är däremot inte övertygad om lämpligheten i att Konkurrensverket ska ges så långtgående befogenheter att man ska kunna meddela förelägganden och förbud *vid behov*. Den föreslagna regleringen innebär en i princip obegränsad rätt för tillsynsmyndigheten att meddela förelägganden och förbud. Samtidigt finns en risk för att regelverket framstår som otydligt och oförutsägbart för upphandlande organisationer. Den föreslagna regleringen innehåller inte några tydliga ramar, inte minst saknas en uttrycklig koppling till proportionalitetsprincipen.

Upphandlingsmyndigheten saknar alltså en närmare analys om föreliggande förslag om förelägganden och förbud i alla delar är nödvändiga och ändamålsenliga eller om en effektiv tillsyn kan uppnås med mer avgränsade befogenheter. Likaså saknar Upphandlingsmyndigheten en närmare analys av hur dessa förslag närmare förhåller sig till och är tänkta att samverka med de rättsmedel som redan finns i upphandlingslagarna, det vill säga överprövning, ogiltighetsförklaring och skadestånd.

Ert datum:
2019-10-30

Datum:
2020-02-12

Er ref:
Fi2019/02619/OU

Diarienummer:
UHM-2019-0253

I promemorian föreslås vidare att föreläggandena och förbuden ska kunna gälla omedelbart. Upphandlingsmyndigheten saknar även i denna del en analys av behovet av att kunna meddela den typen av beslut.

Vad sedan gäller frågan om föreläggandena och förbuden ska kunna förenas med vite konstaterar Upphandlingsmyndigheten att några andra sanktionsmöjligheter inte övervägs i promemorian. Frågan om lämpligheten av viten är i sig inte helt okontroversiell (se t.ex. SOU 2004:100 s. 193 ff.). Även i den delen hade Upphandlingsmyndigheten gärna sett att behovet av sanktionsmöjligheter analyserades mer utförligt och att alternativ övervägdes.

Upphandlingsmyndigheten anser att man i en fortsatt beredning även bör uppmärksamma och belysa alternativet att utöka upphandlingsskadeavgiften till att även omfatta andra områden än otillåtna direktupphandlingar. Upphandlingsskadeavgift har visat sig fungera väl och tillsynsmyndighetens befogenheter i dessa delar är tydligt definierade. Med de föreslagna och nedan kommenterade reformerna om att förlänga tidsfristerna och öka avgiftens storlek kan upphandlingsskadeavgiften bli ett ännu mer effektivt rättsmedel för tillsynsmyndigheten.

Den ovan nämnda fortsatta beredningen skulle med fördel kunna samordnas med en eventuell genomsyn av tillsynsverksamheten med anledning av Riksrevisionens nyligen publicerade rapport (RiR 2019:26).

4.2 Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

I promemorian föreslås att tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift avseende avtal som en upphandlande myndighet slutit utan föregående annonsering (otillåten direktupphandling), om ingen leverantör ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom tillämpliga tidsfrister, ska förlängas från ett år till två.

Upphandlingsmyndigheten anser att de exempel som nämns i promemorian på ett övertygande sätt talar för att en förlängning av tidsfristen från ett år till två år kan gagna såväl kvaliteten på Konkurrensverkets utredningar som upphandlande organisationers möjligheter att uttömmande få förklara ett visst handlande.

Upphandlingsmyndigheten kan inte finna några invändningar mot en sådan ordning,

Ert datum:
2019-10-30

Datum:
2020-02-12

Erref:
Fi2019/02619/OU

Diarienummer:
UHM-2019-0253

och anser att det tvärtom kan stärka rättssäkerheten för inblandade parter. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker därför detta förslag.

4.3 Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket föreslår att storleken på upphandlingsskadeavgiften ska höjas från maximalt 10 000 000 kr till 20 000 000 kr. Som skäl för detta har Konkurrensverket, enligt Upphandlingsmyndigheten, på ett övertygande sätt kunnat visa att upphandlingar av mer betydande värden aldrig kan komma att bestraffas lika hårt som lägre, vilket i sig är oproportionerligt och därför problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Som exempel nämns bland annat att myndigheten ansökt om högsta tillåtna belopp men att yrkandet då motsvarat endast tre procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket menar därför att ett höjt belopp skulle öka effektiviteten i tillsynsarbetet, stärka rättsmedlets preventiva verkan och förstärka proportionaliteten i förhållande till otillåtna direktupphandlingar av mindre värde. Upphandlingsmyndigheten har inget att invända mot Konkurrensverkets resonemang i denna del och ser därför inget hinder mot att förslaget genomförs. Det tillstyrks således.

4.4 Betydelsen av ringa fall respektive skäl för eftergift vid obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket föreslår att det införs en möjlighet för myndigheten att kunna avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift om det är fråga om ringa fall eller om det finns synnerliga skäl för eftergift. Här pekar Konkurrensverket på det faktum att eftersom upphandlingsskadeavgift i dag ska påföras även vid ringa fall så tar det resurser både från myndigheten själv samt från domstolarna; resurser som hade kunnat användas mer effektivt. Upphandlingsmyndigheten instämmer i den bedömningen och vill framhålla att en sådan ordning får anses angelägen eftersom den gagnar samtliga parter och inte borde ha någon som helt påverkan på upphandlingsregelverkets efterlevnad. Tvärtom borde möjligheten att kunna avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift leda till en större följsamhet och flexibilitet, till nytta för inte bara upphandlande organisationer utan samhället och marknaden i stort. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker därför förslaget.

Ert datum:
2019-10-30

Datum:
2020-02-12

Er ref:
Fi2019/02619/OU

Diarienummer:
UHM-2019-0253

4.5 Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna?


I denna del har Konkurrensverket funnit att det för närvarande inte finns skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsmyndigheten anser dock, av de skäl som redan utvecklats ovan, att den frågan bör beredas ytterligare i samband med den översyn av förslagen om förelägganden, förbud och viten som myndigheten förordar.

4.7 Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korrupktion


Genom en föreslagen ändring i myndighetens instruktion vill Konkurrensverket få i uppdrag att uppmärksamma och motverka korrupktion och annat förtroendeskadligt beteende. Eftersom mycket av Konkurrensverkets arbete redan i dag har den inriktningen framstår det som rationellt och lämpligt att detta kommer till uttryck även i myndighetens instruktion. Upphandlingsmyndigheten, som välkomnar alla initiativ till att motverka korrupktion vid upphandlingar, tillstyrker därför förslaget.

Avslutningsvis tillstyrker Upphandlingsmyndigheten även de redaktionella ändringar av befintlig lagtext som föreslås i promemorian.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Jurist Lena Forsmark har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjurist Anders Asplund deltagit.



Inger Ek



Lena Forsmark