



Datum
2022-06-07
Adress
August Palms Plats 1
Diarienummer
STK-2022-439

Yttrande

Till
Finansdepartementet

Remiss från Finansdepartementet - En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5) Fi2022/00967

Sammanfattning

Malmö stad ställer sig positiv till förslaget i den del det avser att dokumentationsplikten ska förenas med en tidsfrist om 30 dagar, att Konkurrensverket ska kunna förelägga upphandlande myndigheter att besluta om riktlinjer för direktupphandling och riktlinjer rörande skyldigheten att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling (om detta införs i LOU) och att sådana förelägganden får förenas med vite samt att Konkurrensverket ska få förena utredningsförelägganden till upphandlande myndigheter med vite.

I övriga delar avstyrkes förslagen i promemorian.

Yttrande

Avsnitt 4.1.1 – En ändrad beslutsordning

Det finns inte någon anledning att ändra befintlig beslutsordning på så sätt att Konkurrensverket ska få fatta beslut avseende upphandlingsskadeavgift som första instans. Att låta tillsynsmyndighet utöva tillsyn och samtidigt besluta om upphandlingsskadeavgift är inte lämpligt. Domstolar är självständiga och oberoende i sin utövning av lagen och det främjar därmed rättssäkerheten att även fortsättningsvis låta allmän förvaltningsdomstol vara den som ålägger avgiftsskyldigheten efter en ansökan av tillsynsmyndigheten. Detta även i de fall en upphandlande myndighet medgett överträdelsen under utredningens gång. Det faktum att Konkurrensverket även utövar tillsyn över andra lagar såsom till exempel konkurrenslagen och beslutar som första instans om konkurrensskadeavgift behöver inte i sig innebära att påförandet av upphandlingsskadeavgift enligt LOU ska regleras på samma sätt.

Avsnitt 4.3 – Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften utvidgas

Överträdelser av kraven på efterannonsering och att annonser om offentliga upphandlingar ska publiceras i en registrerad annonsdatabas påverkar främst Upphandlingsmyndighetens statistikinsamling vilket får till följd att Upphandlingsmyndigheten inte kan producera statistik på det sätt som är tänkt. Motiveringsskyldigheten – varför ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar – för inte med sig några krav på faktisk uppdelning utan endast att valet ska kunna beivras. Överträdelser av dokumentationsplikten – att en upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling – och av – skyldigheten att upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas och ramavtal som ingås – behöver inte bero på någon ovilja att följa upphandlingsreglerna utan kan bero på olika saker såsom till exempel att det skett ett misstag eller på okunskap. Härvid kan det ifrågasättas om det är tänkt att upphandlingsskadeavgift ska kunna utdömas även när genomförandet av upphandlingen har dokumenterats men att sådan dokumentation, av tillsynsmyndigheten, anses vara något bristfällig. Vad som utgör en bristfällig dokumentation är en subjektiv bedömning.

Otillåtna direktupphandlingar har av såväl unionslagstiftaren som regeringen ansetts vara en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Detta med hänsyn till att en upphandlande myndighet har ingått avtal med en leverantör utan att följa kraven på föregående annonsering i upphandlingslagarna.

Sammantaget kan det konstateras att de överträdelser som nu föreslås att beivras med upphandlingsskadeavgift inte är av samma dignitet som en överträdelse vid en otillåten direktupphandling då de grundläggande kraven på annonsering i LOU har åsidosatts. Att dessa överträdelser ska hanteras på samma sätt som otillåtna direktupphandlingar och med en möjlig upphandlingsskadeavgift på ett mångmiljonbelopp är både oproportionerligt och alldeles för långtgående. Dessutom verkar det vara tillräckligt med en enda överträdelse för utdömande av upphandlingsskadeavgift. Det kan ifrågasättas om det är rimligt att en upphandlingsskadeavgift ska kunna utdömas om till exempel dokumentationsplikten har åsidosatts vid ett enskilt tillfälle.

Vad som specifikt ska beaktas angående fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek vid föreslagna överträdelser behandlas inte i promemorian, vilket hade varit önskvärt.

Avsnitt 4.4 – Taket på upphandlingsskadeavgiften höjs

Det finns inte skäligen anledning att höja upphandlingsskadeavgiften.

Avsnitt 4.5 – Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs

Nuvarande ettårsfrist för att ansöka om upphandlingsskadeavgift är skäligen.

Avsnitt 4.6.2 och 4.6.3 – Utredningsförelägganden bör kunna omfatta en vidare personkrets än i dag och utredningsförelägganden bör kunna förenas med vite

Att tillsynsmyndigheten kan rikta utredningsförelägganden till en upphandlande myndighet ter sig självklart med tanke på att det är den upphandlande myndighetens verksamhet som på något sätt granskas. Att tillsynsmyndigheten ska kunna rikta utredningsförelägganden även till leverantörer att inkomma med uppgifter och handlingar för att kunna utöva tillsyn över en upphandlande myndighet är däremot inte motiverat. Bestämmelsen avses gälla leverantörer i stort det vill säga befintliga leverantörer, tidigare leverantörer, underleverantörer och en leverantör som enbart har lämnat anbud i en upphandling. Leverantörens uppgift i ett avtalsförhållande är följaktligen att leverera det som beställs av den upphandlande myndigheten. Att bli förelagd att lämna uppgifter eller handlingar till tillsynsmyndigheten under ett pågående avtalsförhållande alternativt ett avslutat avtalsförhållande bedöms vara känsligt då leverantören de facto tvingas lämna ut information som rör affärsrelationer. Det skulle även kunna vara så att leverantören är av uppfattningen att begärda uppgifter eller handlingar innehåller känslig information eller till och med företagshemligheter. En leverantör kan således av olika anledningar inte vilja följa ett utredningsföreläggande och i sådana fall skulle det kunna bli aktuellt med en ekonomisk sanktion mot någon som faktiskt inte felat i sin yrkesutövning. Detta är inte rimligt. Att tillsynsmyndigheten – som ska utöva tillsyn över offentlig upphandling och offentliga aktörer i enlighet med LOU – har möjlighet att rikta utredningsförelägganden även gentemot privata aktörer för att kunna utöva tillsyn är oskäligt.

Ordförande

.....
Roko Kursar
.....

Sekreterare

.....
Pernilla Mesch
.....

Sverigedemokraterna reserverar sig mot yttrandet.