

Avdelningen för juridik
Helena Henriksson

Finansdepartementet
10333 STOCKHOLM

Remiss av Ds 2022:5 En effektivare upphandlingstillsyn

Sveriges Kommuner och Regioner (SKR) har beretts tillfälle att yttra sig över ovan rubricerad departementspromemoria och förbundet vill med anledning härav anföra följande.

Sammanfattning

SKR anser att förslagen om en effektivare upphandlingstillsyn är svåra att förena med regeringens övriga förslag på upphandlingsområdet. Nyligen har reglerna som styr nationell upphandling reformerats i förenklings syfte. Dessa nya regler ger upphandlande organisationer ökad flexibilitet att utforma upphandlingar som styrs av det nationella regelverket.

Promemorian saknar redogörelse för varför förslagen tagits fram, dvs. en problemanalys och vilka alternativ som övervägts. Den innehåller inte heller någon jämförelse med andra medlemsstaters reglering och erfarenheter av upphandlingstillsyn. SKR befärar att om förslagen genomförs så kommer fokus inom den offentliga upphandlingen återigen att handla om formalia och inte på att genomföra affärsmässiga upphandlingar till nytta för samhället.

SKR avstyrker att Konkurrensverket ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift.

SKR tillstyrker förslaget att Konkurrensverket ska kunna efterge avgift i ringa fall samt om synnerliga skäl föreligger.

SKR avstyrker förslaget att dokumentationsplikten i upphandlingslagarna ska fullgöras senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats. SKR avstyrker förslaget att skyldigheten att upprätta en individuell rapport i LOU ska fullgöras senast 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats. SKR avstyrker även förslaget att lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättats enligt LUF ska finnas tillgänglig senast 30 dagar efter att avtal har ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats.

SKR avstyrker förslaget att Konkurrensverkets möjligheter att besluta om upphandlingsskadeavgift ska utökas.

SKR avstyrker förslaget att höja det högsta belopp som kan påföras i upphandlingsskadeavgift till 20 000 000 kr samt även förslaget att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift ska vara två år i de fall ingen leverantör har

ansökt om överprövning av avtalets giltighet eller av ett beslut att avbryta upphandlingen.

SKR avstyrker förslaget om att Konkurrensverket ska kunna förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att besluta om riktlinjer för direktupphandling.

SKR avstyrker förslaget om att Konkurrensverket ska kunna förelägga leverantörer att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av en handling.

SKR avstyrker förslaget om att utredningsförelägganden bör kunna förenas med vite och att utredningsförelägganden ska gälla omedelbart.

SKR delar promemorians bedömning att det inte ska införas en möjlighet att meddela förelägganden för att upphandlingslagstiftningen ska följas.

SKR har inget att invända mot att bestämmelserna om tillsyn och upphandlingsskadeavgift samlas i ett gemensamt kapitel.

Sveriges Kommuner och Regioners synpunkter

Allmänt

Upphandlingslagstiftningen är komplicerad och under ständig utveckling. Den innehåller en mängd gränsdragningsproblem vilka till stor del inte är klarlagda i rättspraxis. Lagrådet har till exempel flera gånger påpekat att lagstiftningen innehåller oklarheter och tolkningsproblem (utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-02-12 rörande Nytt regelverk för upphandling). Enligt lagrådet är vissa bestämmelser obegripliga, andra är tvetydiga och kan därför uppfattas ha olika innebörd. Dessa brister, tolkningsproblem och gränsdragningsvårigheter drabbar som SKR tidigare påpekat (se t.ex. förbundets yttrande till Konkurrensverkets förslag, vårt ärendenr 19/01463, ert dnr Fi219/02619/OU) inte bara upphandlande myndigheter och enheter utan även leverantörerna. Av en nyligen framtagen rapport framgår att det inte finns något statistiskt signifikant samband mellan tillsyn och bättre regelefterlevnad (Upphandlingstillsynens konsekvenser – Mats Bergman på uppdrag av Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2022:3).

SKR anser att fokus bör vara på att göra goda hållbara affärer och på vad som är möjligt att göra inom ramen för lagstiftningen och inte på tillsyn, sanktioner, överprövningar och avgiftsbelopp. Det senare är inte utvecklande utan leder till en formalistisk syn på den offentliga upphandlingen och att innovationskraften som finns går förlorad. Promemorian brister överlag i att den saknar redogörelser för skälen till förslagen och att den inte innehåller några alternativa förslag.

Regeringen har i promemorian bedömt att förslagen bidrar till en stärkt tillsyn av den offentliga upphandlingen. Varför tillsynen behöver stärkas saknas det alltså

redogörelse för. Det som finns är hänvisningar till Konkurrensverkets egna förslag och de nyligen införda reglerna i 19 och 19 a kap. i LOU samt 19 kap. LUF. Varför de förenklade reglerna i lagstiftningen leder till ett ökat behov av tillsyn genom ökade avgiftsbelopp och utredningstider m.m. är dock oklart. SKR:s uppfattning är att dessa nya regler behöver tillämpas en tid och därefter utvärderas. En ökad möjlighet för Konkurrensverket att besluta om upphandlingsskadeavgift för att förmå upphandlande myndigheter och enheter att tillämpa de nya reglerna på ett sätt som Konkurrensverket menar är korrekt står i strid med förenklingarnas syfte. Dessa nya regler ger upphandlande myndigheter och enheter mer utrymme att anpassa enskilda upphandlingar utefter förutsättningarna vilket innebär att vad som är korrekt och lämpligt eller inte i det enskilda fallet har överlåtits att utformas av myndigheterna. Promemorians förslag går också på tvärs med intentionen om att minska antalet domstolsprövningar och deras handläggningstider

Konkurrensverket ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingslagstiftningen är som sagt komplicerad och den lämnar ofta utrymme för olika tolkningar. Det kan exempelvis röra om lagstiftningen är tillämplig på förfarandet, om något undantag är tillämpligt eller hur kontraktsvärdet ska beräknas. SKR anser inte att de skäl som förs fram i promemorian för att Konkurrensverket ska få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift är tillräckliga. Syftet med förslaget förefaller vara att uppmärksamma upphandlande myndigheter och enheter på att de brutit mot upphandlingslagstiftningen. Det kan Konkurrensverket göra genom ett tillsynsbeslut. Leverantörer som inte är nöjda har också stora möjligheter att klaga genom t.ex. en överprövning av en upphandling eller om giltigheten av ett avtal. Ett alternativ till förslaget kunde vara att Konkurrensverket fick besluta i de obligatoriska fallen. Promemorian innehåller inte några sådan alternativ. SKR avstyrker förslaget att Konkurrensverket ska få besluta om upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket ska kunna besluta att efterge upphandlingsskadeavgift

SKR tillstyrker förslaget om att Konkurrensverket får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift, om verket bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller om det finns synnerliga skäl. I fall där Konkurrensverket anser att det inte finns skäl att ansöka om upphandlingsskadeavgift är det onödigt om myndigheten är ålagd att ändå göra det. Vidare är det onödigt att belasta domstolarna med sådana mål.

Dokumentationsskyldigheten förenas med en tidsfrist

Det framgår inte av redogörelsen hur upphandlande myndigheter och/eller enheter brister beträffande dokumentationsskyldigheten. Av det åberopade skälet (126) framgår att det, för att undvika administration, bör vara möjligt att hänvisa till information som finns i tilldelningsbeslutet. Vidare anges på samma ställe att EU-kommissionen bör förbättra annonseringssystemet så att det blir lättare att ta ut

rapporter och överföra data mellan olika system. Det framgår alltså att dokumentationen kan göras på flera sätt.

Det finns inte heller någon koppling mellan dokumentationsskyldigheten och myndigheternas uppföljning på det sätt som regeringen påstår. Uppföljning av upphandlade kontrakt och avtal kan göras, och görs också, på en mängd olika sätt. Det kan handla om att följa upp att leverantören levererar enligt avtal, att vissa krav uppfylls under avtalstiden eller hur mycket myndigheten avropar från ett ramavtal, som exempel. Upphandlingsstatistiken bygger vidare på annonser och inte på myndigheternas dokumentation. Regeringen har således inte redogjort för varför det finns behov av att förena dokumentationsskyldigheten med en tidsfrist. Mot bakgrund av ovanstående avstyrker SKR förslaget.

Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften utvidgas

SKR noterar att Konkurrensverket inte föreslog en utvidgning av tillämpningsområdet. SKR delar Konkurrensverkets bedömning i denna del. Regeringen för fram att de förenklingar som infördes den 1 februari 2022 kan medföra ett utökat behov av tillsyn. SKR:s uppfattning är att vad som behövs är snarare utökad vägledning. SKR saknar en analys av varför efterannonsering inte sker, om så är fallet, och vilka alternativa medel eller verktyg som kan lösa detta.

Att rikta upphandlingsskadeavgift mot underlåtenhet att motivera eller dokumentera innebär inte någon utveckling av den offentliga upphandlingen mot bättre och hållbara affärer utan att fokus riktas mot formalia. Således det som förenklingarna som infördes skulle motverka. Att motivera avsteg från att dela upp en upphandling leder till att fler små och medelstora företag deltar i upphandlingar finns det t.ex. inte stöd för. Av statistik som Företagarna presenterat köpte kommuner varor, tjänster och byggtreprenörer av 97 000 små och medelstora företag respektive av 5 000 stora företag. De mindre företagens andel av de offentliga upphandlingarna är således inte liten.

Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift

I departementspromemorian förs det fram att ett av skälen till en längre preskriptionsfrist för Konkurrensverket är att flera överträdelser av principiell karaktär kan tas upp till bedömning. Vad promemorian inte svarar på är varför ärenden om upphandlingsskadeavgift bidrar till rättsutvecklingen mer än vad annan tillsyn och övriga rättsmedel gör. Högsta förvaltningsdomstolen har t.ex. under vintern kommit med ett avgörande som har utvecklat den offentliga upphandlingen (HFD 2022 ref. 4 I och II) beträffande skadebedömningen för leverantörer. Vidare saknas det som ovan anförts ett samband mellan tillsyn och efterlevnad.

De skäl som förs fram för en längre utredningstid anser SKR inte höra samman med systemet med upphandlingsskadeavgift. Det är inget som hindrar Konkurrensverket med nu gällande reglering från att ta upp ärenden som de anser vara av principiell karaktär i dagsläget. Rättsutvecklingen kan alltså föras fram på fler sätt.

Vidare saknas en redogörelse för handläggningstiderna hos Konkurrensverket. SKR:s uppfattning är fortfarande att ett år är en väl avvägd tid och förslaget avstyrks därmed.

Förelägganden

Av 19 a kap. 15 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska besluta om riktlinjer för direktupphandling. Några bestämmelser om innehållet finns inte. Konkurrensverket saknar såväl mandat att bestämma riktlinjernas innebörd som kräva att upphandlande myndigheter ska följa dem. Detta innebär att ett eventuellt föreläggande från Konkurrensverket endast blir en administrativ process om formalia och som sådan verkningslös. SKR avstyrker förslaget. Av detta följer att inte heller vite ska kunna utgå. SKR avstyrker även förslaget som rör kollektivtrafiklagen.

Utredningsförelägganden riktade till leverantörer

Promemorian framhåller att Konkurrensverket i vissa fall kan behöva branschspecifika kunskaper och att den upphandlande myndigheten eller enheten har ett informationsmässigt försteg framför Konkurrensverket. Det skulle gälla när det brister i konkurrens. Det saknas emellertid redogörelse för varför information från leverantörerna skulle bidra till verkets utredning beträffande sådan konkurrensproblematik. Med hänsyn till Konkurrensverkets huvuduppdrag på konkurrensområdet torde det snarare vara så att verkets kunskaper och möjligheter att utreda sådana vara stora. Det kan finnas andra skäl att begära uppgifter från leverantörer men vilka dessa kan vara saknas det redogörelse för i promemorian. SKR saknar vidare en bedömning av hur förslaget förhåller sig till offentlighets- och sekretesslagen samt till lagen om företagshemligheter. Vilket skydd lämnade uppgifter har hos Konkurrensverket behöver utredas och vilka risker som förslaget kan innebära behöver också redogöras för. SKR menar att promemorian saknar en redogörelse för om förslaget kan innebära ett minskat intresse för leverantörer att lämna anbud. SKR avstyrker mot bakgrund av ovanstående detta förslag.

Viten

Eftersom SKR avstyrkt samtliga förslag som rör Konkurrensverkets möjligheter att förelägga upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer att lämna uppgifter, visa upp handlingar eller lämna över kopior avstyrks även förslaget att sådana utredningsförelägganden ska kunna förenas med vite.

Sveriges Kommuner och Regioner

Staffan Isling

Sara Catoni