

Datum
2020-02-04Diarienummer
Af-2019/00482218Avsändarens referens
Fi2019/02619/OUMottagarens adress
fi.remissar@regeringskansliet.se

Remissyttrande: Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsyn

Sammanfattning

Arbetsförmedlingen är positiv till promemorians förslag i stort och anser att det bidrar till att Konkurrensverket ges bättre förutsättningar att bedriva tillsyn.

Förslaget att förlänga tiden för tillsynsmyndigheten att ansöka om upphandlingsskadeavgift från ett till två år tillstyrks av Arbetsförmedlingen.

Arbetsförmedlingen hade gärna sett en mer omfattande utredning till grund för förslaget att höja den maximala upphandlingsskadeavgiften till 20 MSEK. Promemorians konsekvensanalys rörande upphandlingsskadeavgiftens höjning är ofullständig då beskrivning av konsekvenserna för upphandlande myndigheter som behöver betala 20 MSEK saknas.

Vidare anser Arbetsförmedlingen att Konkurrensverkets förslag avseende rätt att meddela förelägganden och förbud i kombination med vite, i dess nuvarande lydelse, är för långtgående och otydligt.

Övriga förslag i promemorian tillstyrks av Arbetsförmedlingen och lämnas utan kommentar.

Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Arbetsförmedlingen instämmer i vad Konkurrensverket anför om att två år är en rimlig preskriptionstid. Detta för att ge tillsynsmyndigheten ett större urval av ärenden och därmed ökade möjligheter för verket att upptäcka och utreda otillåtna direktupphandlingar. Ett större urval av

Datum
2020-02-04Diarienummer
Af-2019/00482218

ärenden ökar även möjligheterna för Konkurrensverket att välja ärenden där rättsläget är oklart.

Även om en längre preskriptionstid tillstyrks vill Arbetsförmedlingen lyfta fram att två år är en lång tid för både upphandlande myndigheter och leverantörer att inte veta om en talan om upphandlingsskadeavgift kommer att väckas. Konkurrensverket bör därför sträva efter att ansöka om upphandlingsskadeavgift så snart som möjligt efter att exempelvis en otillåten direktupphandling har upptäckts. Att ärenden utreds snabbt är inte minst viktigt då en upphandlande myndighet kan känna sig tvingad att avsluta ett kontrakt som har blivit föremål för en upphandlingsskadeavgift. Att göra detta då två år eller längre tid har förflutit från kontraktets ingående torde sällan vara samhällsekonomiskt försvarbart. Därtill är det sannolikt betydligt svårare att utreda ett ärende där det gått närmare två år sedan överträdelsen begicks än ett ärende där det bara gått ett år.

I motsats till vad Konkurrensverket anför anser Arbetsförmedlingen även att en längre ansökningsfrist rimligtvis bör leda till att verket lämnar in fler ansökningar om upphandlingsskadeavgift. För att uppnå en ökad effektivitet genom tillsyn torde en ökad närvaro av verket och fler upphandlingsärenden krävas. En ökad risk för att en lagöverträdelse blir uppmärksamman av verket, en domstol och medialt kan vara mer avskräckande än summan på upphandlingsskadeavgiften.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Arbetsförmedlingen efterlyser i denna del en redogörelse av hur Konkurrensverket kommit fram till beloppet 20 MSEK. Det uttalades av regeringen när bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde ikraft att avgiftens storlek efter lämplig tid skulle utvärderas. Med detta måste dock förstås en mer grundlig utvärdering än vad denna promemoria innehåller. Vid en sådan utvärdering bör fler intressenter involveras och erfarenheter från upphandlande myndigheter beaktas. Arbetsförmedlingen instämmer inte i promemorians slutsats att en fördubbling av avgiftens maximala belopp skulle öka effektiviteten i den offentliga upphandlingen.

Vidare vill Arbetsförmedlingen lyfta fram att det helt saknas en beskrivning av konsekvenserna för upphandlande myndigheter som behöver betala 20 MSEK i upphandlingsskadeavgift. En utvärdering av upphandlingsskadeavgiften måste beakta att upphandlande myndigheter är skattefinansierade och att det är skattemedel som används för att betala avgiften. Ytterst är det skattebetalarna som kan bli lidande. En upphandlingsskadeavgift på 20 miljoner torde motsvara vad det kostar att anställa 20 undersköterskor (medellön 28 000 kr/månad) under ett år. Oaktat värdet på kontraktet, kan en sådan sanktion orsaka en stor

Datum
2020-02-04Diarienummer
Af-2019/00482218

skada för exempelvis en liten kommun. Då utdömandet av en upphandlingsskadeavgift inte tar hänsyn till en kommun eller myndighets totala budget eller omsättning är det angeläget att det maximala sanktionsvärdet bedöms som hanterbart även för de mindre kommunerna och myndigheterna. Konkurrensverkets promemoria saknar analys och redogörelse i detta avseende.

Mot denna bakgrund anser Arbetsförmedlingen att förslaget att höja upphandlingsskadeavgiftens maximala storlek till 20 MSEK inte är tillräckligt väl underbyggt och att konsekvensanalysen i denna del är bristfällig. I avvaktan på en mer grundlig analys bör upphandlingsskadeavgiften hållas på nuvarande nivå.

Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande

Arbetsförmedlingen anser att det behöver tydliggöras i vilka situationer som förelägganden och förbud kan användas och på vilket sätt. Detta bör framgå i lagtext. Konkurrensverkets förslag avseende rätt att meddela förelägganden och förbud i kombination med vite, i dess nuvarande lydelse, är för långtgående och otydligt. Arbetsförmedlingen anser inte att det finns ett behov för Konkurrensverket att ingripa mot exempelvis otillbörligt styrande kravspecifikationer och oprecisa utvärderingskriterier eftersom leverantörer kan föra talan om detta i domstol. Därtill anför Konkurrensverket i promemorian att flertalet av de upphandlande myndigheterna har rättat sig efter verkets tillsynsbeslut, dvs. ett av de tillsynsverktyg som Konkurrensverket har enligt nuvarande ordning.

Konkurrensverket menar att förelägganden och förbud kommer att bidra till en mer effektiv offentlig upphandling och ett säkerställande av att skattemedel används på bästa sätt. Exempelvis vill tillsynsmyndigheten kunna fastställa slutdatum för ingångna avtal som löper tillsvidare om detta anses snedvrída konkurrensen. Det bör här påpekas att det exempelvis skulle kunna innebära att en myndighet tvingas att på nytt upphandla och byta ut ett fullt fungerande IT-system på grund av att en bestämmelse i upphandlingsregelverket trätts för när. I ett sådant fall är det med stor sannolikhet förenat med betydligt större kostnader för det allmänna att Konkurrensverket genom nya befogenheter griper in jämfört med om avtalet hade fått bestå.

Därtill bör nämnas att tillsynsmyndighetens föreläggande mot ett giltigt kontrakt inte får någon civilrättslig verkan vilket kan få till följd att leverantören kräver den upphandlande myndigheten på skadestånd för bristande fullgörelse. Arbetsförmedlingen ställer sig frågande till om det i alla situationer är en samhällsekonomiskt motiverad åtgärd.

Vad gäller exemplet om meddelande av förbud mot otillbörligt styrande kravspecifikationer behöver Konkurrensverket, för att kunna göra en korrekt bedömning, ha en ingående kunskap om såväl den upphandlande

Datum
2020-02-04Diarienummer
Af-2019/00482218

myndighetens behov som marknaden för upphandlingsföremålet. Om kunskapen brister finns det en risk att ett förbud, mot vad Konkurrensverket anser vara ett otillbörligt styrande krav, resulterar i att den upphandlande myndigheten inte kan uppfylla sitt behov och därmed inte heller kan utföra sitt uppdrag.

Arbetsförmedlingen ställer sig frågande till Konkurrensverkets förslag att kunna ingripa mot policy- och inriktningsbeslut. Mot bakgrund av att regeringen inte direkt får ingripa i en statlig myndighets löpande arbete (förbudet mot ministerstyre) ter det sig för Arbetsförmedlingen mycket främmande att Konkurrensverket skulle ges befogenhet att gå in och förbjuda delar av myndighetens policys eller inriktningsbeslut, det vill säga interna styrdokument.

Med anledning av de negativa effekter som förelägganden och förbud potentiellt kan ge anser Arbetsförmedlingen att om Konkurrensverket ska få dessa befogenheter bör det av lagtexten framgå att dessa beslut ska vara proportionerliga sett till de negativa konsekvenser som besluten kan få samt att de inte får meddelas om det hindrar en myndighet från att bedriva offentligrättslig verksamhet.

Vidare anser Arbetsförmedlingen att det bör finnas särskilda skäl för att beslut ska gälla omedelbart eftersom den upphandlande myndigheten behöver få en rimlig tid på sig att hitta andra sätt att kunna fortsätta sin verksamhet trots det meddelade förbudet.

Arbetsförmedlingen befarar även att otydligheten i de föreslagna befogenheterna att meddela förelägganden och förbud riskerar att hämma den upphandlande myndighetens strategiska och affärsmässiga kraft. Att som upphandlande myndighet inte ha någon som helst vetskap om vilka ingripanden och viten som kan utfärdas av Konkurrensverket eller när i tiden som dessa sanktioner kan drabba myndigheten kommer med största sannolikhet leda till ännu större försiktighet än idag och att den idag redan låga innovationsgraden i upphandlingar blir ännu lägre.

Promemorians beskrivning av förväntade effekter som de föreslagna ändringarna kan ge upphov till är även i denna del för ensidigt beskrivna och konsekvenser för den upphandlande myndigheten och ytterst det allmänna lämnas därhän.

Dubbla processer

Upphandlande myndigheters anskaffningar är redan idag föremål för omfattande och utdragna överprövningsprocesser. Ett sätt att uppnå en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer är att minska antalet domstolsprövningar som både drabbar

Datum
2020-02-04Diarienummer
Af-2019/00482218

samhällsekonomin och de berörda aktörerna negativt.¹ Tillsynsmyndighetens förslag innebär dessvärre att upphandlande myndigheters anskaffningar kan komma att utsättas för ännu fler domstolsprövningar. En anskaffning kan, om detta förslag genomförs, utsättas för två domstolsprövningar. Exempelvis kan tillsynsmyndigheten under annonseringstiden genom föreläggande förbjuda den upphandlande myndigheten att ställa otillbörligt styrande krav. Den upphandlande myndigheten måste då få beslutet prövat i förvaltningsrätten för att kunna slutföra anskaffningen. Samma upphandling kan sedan efter meddelat tilldelningsbeslut överprövas av en leverantör som anser sig lidit skada.

Konkurrensverket rekommenderar att myndigheter ska räkna in tiden för överprövning i första instans, det vill säga runt tre månader, när de planerar sina upphandlingar.² En upphandling tar mellan 6-12 månader att genomföra och därutöver ska alltså ca 3 månaders tidsutrymme inberäknas för en eventuell domstolsprövning. En sådan tidplan, som redan i dagsläget är tidsmässigt kostsam, tar likväl inte i beaktande att en upphandlande myndighet, som anser att Konkurrensverket har gjort en felaktig bedömning, även behöver föra en process om tillsynsmyndighetens föreläggande i domstol. Arbetsförmedlingen vill med ovanstående exempel åskådliggöra hur transaktionskostnaderna för en anskaffning, om Konkurrensverkets förslag genomförs, riskerar att bli orimligt höga och hur det faktiskt minskar effektiviteten i den offentliga upphandlingen.

Ikraftträdande

Konkurrensverket anser att de föreslagna författningsändringarna bör träda i kraft så snart som möjligt, vilket de bedömer vara den 1 juli 2020. Arbetsförmedlingen anser dock att förslaget i dess nuvarande lydelse är för otydligt och långtgående samt att konsekvensanalysen är bristfällig. Det krävs vidare analys av vilka förelägganden och förbud som kan meddelas av verket samt lämplig nivå för maximal upphandlinsskadeavgift innan lagarna kan träda ikraft. Förslaget bör utredas vidare.

I detta sammanhang bör även framhållas att det finns två för upphandlingsområdet viktiga utredningar, Överprövningsutredningen och Förenklingsutredningen, som fortfarande inte beretts till lagrådet och som bör få prioritet.

¹ Jämför med SOU 2015:12 sid 78.

² Konkurrensverkets yttrande, Dnr 221/2015, sid 18.

Datum
2020-02-04Diarienummer
Af-2019/00482218

På Arbetsförmedlingens vägnar

Maria Mindhammar
Generaldirektör

Erika Moberg,
Föredragande

Beslut i ärendet har fattats av generaldirektör Maria Mindhammar. Ärendet har föredragits av Erika Moberg från Inköpsavdelningen. I den slutliga handläggningen av ärendet har förvaltningsdirektör Anders Persson, verksamhetsområdeschef för Inköpsavdelningen Martin Kruse samt verksjurist Suzanne Malmberg deltagit.