

Remissyttrande – Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen, Fi2019/02619/OU

Företagarna har beretts möjlighet att avge remissyttrande om rubricerad promemoria. Nedan följer våra synpunkter.

Sammanfattning

Det är av vikt att Konkurrensverket kan bedriva en tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet som är både effektiv och ändamålsenlig. Nuvarande lagstiftning ger inte Konkurrensverket de verktyg som är nödvändiga för att uppnå detta. Tillsynsmöjligheterna och sanktionerna måste därför anpassas. Många av de ärenden som delges Konkurrensverket i form av omvärldsbevakning och tips berör en varierad art av överträdelser av upphandlingslagstiftningen. Utgångspunkten måste vara att ärenden som är skadliga för marknaden på olika sätt ska kunna prioriteras, utan att begränsas av preskriptionsfrist och tillsynsverktyg. Rätt ärende för rätt sanktion. För att Konkurrensverkets prioriteringspolicy ska få full effekt måste därför ges nya tillsynsmöjligheter.

Nuvarande tillsynsverktyg begränsas framförallt till att beivra otillåtna direktupphandlingar i form av ansökan om upphandlingsskadeavgift riktad mot upphandlande myndigheter och enheter. Nuvarande preskriptionsfrist för att ansöka om en sådan är ett år från det att avtalet ingicks. Detta har visat sig i praktiken vara en betydligt snävare tidsram, särskilt med beaktande att otillåtna direktupphandlingar aldrig annonseras och därmed är svåra att upptäcka. Att utsträcka tiden från ett till två år låter väl avvägt. Att även höja sanktionsavgiftens värde relateras i större del till den mer avskräckande bilden av att drabbas av en upphandlingsskadeavgift. Många offentliga upphandlingar har stora kontraktsvärden och avgiften måste vara väl avvägd så att inte upphandlingar med stora kontraktsvärden blir de som kommer lindrigast undan ur ett sanktionsperspektiv. Det är därför även av vikt att avgiften på upphandlingsavgiftens storlek anpassas.

Upphandlingslagstiftningen och korrupsionslagstiftningen har delvis samma syfte, att motverka illojala och förtroendskadliga beteenden. Att ärenden med kopplingar till båda dessa lagstiftningar förekommer speglas redan nu av Konkurrensverkets prioriteringspolicy. Således är det redan något som Konkurrensverket särskilt arbetar för att förhindra. Det är därför grundläggande att Konkurrensverket får en uttalad möjlighet att inom ramen för sina tillsynsuppgifter uppmärksamma och motverka korrupcion och annat förtroendskadligt beteende. Korrupcion och osund konkurrens har många gemensamma nämnare. Därför är det positivt att detta kom att synliggöras i Konkurrensverkets instruktion.

Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande

Företagarna tillstyrker förslaget. För att kunna bedriva en effektiv och ändamålsenlig tillsyn över upphandlingslagstiftningen måste Konkurrensverket ges ett bredare utbud av tillsynsverktyg. Att ge möjligheter att meddela förelägganden och förbud är en naturlig del av en tillsynsmyndighets sanktionsmöjligheter. Många av de överträdelser som kommer Konkurrensverket till känna berör

inte bara otillåtna direktupphandlingar utan kan vara allt från upphandlande myndigheter som antagit riktlinjer för inköp i strid med upphandlingslagstiftningen, felaktiga krav som ställs i en upphandling, brist i dokumentationsplikt till att inte dela upp större kontrakt. Det är viktigt att även dessa överträdelser kan sanktioneras, inte bara genom ett vägledande beslut utan även med en tydlig uppmaning till vad som bör åtgärdas och hur. Särskilt tydligt blir det i fråga om avtal som löpt under en lång tid och som fått stor påverkan på marknaden, dessa beteenden kan i nuläget inte förhindras.

En förutsättning för detta är förstås, som Konkurrensverket iakttagit, att det inte får finnas något utrymme för parallella tillsynsprocesser i form av samtidigt pågående ansökan om upphandlingsskadeavgift och föreläggande eller förbud, eller vice versa.

Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Företagarna tillstyrker förslaget. Det ligger i sakens natur att otillåtna direktupphandlingar är svåra att upptäcka. Vardera parten till avtalet har inget intresse av att synliggöra vad som överenskommit. Konkurrensverket är därför inte sällan beroende av tips av andra leverantörer som annat oråd av det ena eller andra skälet. Ett sådant tips om en otillåten direktupphandling kan inkomma till Konkurrensverket oftare i slutet än i början av den ettåriga preskriptionsfristen. Som en konsekvens av detta tvingas Konkurrensverket att bortprioritera eller avskriva ärenden, trots att de är av allvarlig art. Ett förlänga preskriptionsfristen från ett till två år hoppas därför Företagarna medföra att Konkurrensverket får större möjlighet att processa de ärenden som verkligen hindrar en effektiv konkurrens.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Företagarna tillstyrker förslaget. Såsom lagstiftningen är utformad i dagsläget gynnar den upphandlande myndigheter och enheter som köper in för höga kontraktsvärden i kontexten av en upphandlingsskadeavgift. En borte gräns på 10 000 000 kronor är därför för lågt för att vara ändamålsenlig och avskräckande. En höjning till 20 000 000 kronor låter väl avvägt för att uppnå önskad effekt.

Ringa fall eller skäl för eftergift vid obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift

Företagarna tillstyrker förslaget. Det är snarare så att nuvarande ordning är orimlig. Både Konkurrensverkets och domstolarnas resurser tas i anspråk för ärenden som inte är marknadsstörande eller som på annat sätt inte borde beivras ytterligare. Resurser borde istället frigöras för mer effektiva åtgärder.

Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna

Företagarna tillstyrker förslaget. Det finns i dagsläget inte tillräckligt med underlag för att hävda att överträdelseypen ska utvidgas. Istället bör fokus riktas på de nya tillsynsmöjligheterna i form av förelägganden och förbud. I praktiken kommer dessa nya föreslagna ingripanden att få ännu större verkan på marknaden än en ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Vite

Företagarna tillstyrker förslaget. För att förelägganden och förbud ska kunna få sin fulla kraft och verka handlingsstyrande så är det nödvändigt att dessa förenas med vitesmöjlighet. Det är även av vikt att Konkurrensverket kan förelägga upphandlande myndigheter och enheter att inkomma med uppgifter under ärendehandläggningens gång. Dessa inkomna uppgifter är av stor betydelse för att kunna genomföra en effektiv tillsyn. Upphandlande myndigheter och enheter ska inte kunna få utrymme att triskas så att exempelvis tiden för att ansöka om en upphandlingsskadeavgift hinner preskriberas.

Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption

Företagarna tillstyrker förslaget. Konkurrensverket har i sin rapport "Korruption som begränsar konkurrensen" (2018:10) konstaterat att kopplingarna mellan korruption och konkurrensbegränsande beteenden i stora delar är outforskade. I rapporten uppskattar emellertid Konkurrensverket att av alla prioriterade upphandlingsärenden så finns det korruptionsindikatorer i cirka 5 till 10 procent. Uppskattningsvis är dessa siffror ännu högre, särskilt mot bakgrund av att korruption och förtroendskadligt beteende kan vara svårt att upptäcka. Ett av grundsyftena med upphandlingslagstiftningen är just att motverka korruption och annat illojalt beteende. Korruption och osund konkurrens har många gemensamma nämnare. Det är därför grundläggande att Konkurrensverket får en uttalad möjlighet att inom ramen för sina tillsynsuppgifter uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendskadligt beteende.

Övrigt

Företagarna tar även tillfället i akt att hänvisa till yttrandena från Svenskt Näringsliv och Almega kring problematiken med att avtal som kommit till stånd genom otillåtna direktupphandlingar förklaras ogiltiga ex tunc. Detta är i praktiken ibland ogenomförbart och inte minst drabbar det leverantörskollektivet på ett oproportionerligt sätt. Sverige borde istället införa ogiltighet ex nunc, dvs. framåtsyftande.

Magnus Johansson

Konkurrens- och upphandlingsexpert

Företagarna