



Regeringskansliet
Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Er referens
Sara Rostamian

Ert datum
2019-10-30

Er beteckning
Fi2019/02619/OU

Svar på remiss av Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

Försvarets materielverk (FMV) har tagit del av Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/02619/OU) och har följande synpunkter att lämna.

Sammanfattning

FMV anser att Konkurrensverkets promemoria inte belyser förslagen på ett objektivt sätt. Förslagen är inte underbyggda av en ordentlig och fullständig utredning av behovet eller konsekvenserna. Förslagen är även ofullständiga och en ordentlig konsekvensanalys saknas som genomlyser vad förslagen egentligen innebär för marknadens aktörer, för konkurrensen samt process- och samhällsekonomiskt etc. För FMVs verksamhet kan förslagen komma att påverka försörjningstryggheten, försvarmaterieförsörjningen, Sveriges roll vid internationell samverkan inom försvarsområdet och i förlängningen Sveriges operativa förmåga samt säkerhet. FMV noterar även att många av Konkurrensverkets förslag redan har utretts i tidigare utredningar utan att medföra några åtgärder från lagstiftarens sida.

FMV instämmer inte i förslagen att ge tillsynsmyndigheten ökade möjligheter till ingripande eller att ett sådant beslut ska kunna förenas med vite. Förslagen i sin nuvarande utformning ändrar inriktningen om att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet ska vara leverantörsdrivna och ger Konkurrensverket alltför långtgående ingripandemöjligheter när den rådande tillsynsverksamheten framstår som tillräckligt effektiv. FMV anser inte att bestraffning genom sanktioner är lösningen på att uppnå syftet med upphandlingslagstiftningen. Förslagen kommer att leda till fler domstolsprocesser i upphandlingsmål vilket Sverige inte är i behov av. Vidare anser FMV att promemorian är ofullständig avseende frågan om preskription och frågan om hur förslagen påverkar verksamheten hos de upphandlande myndigheterna, domstolarna och leverantörsmarknaden.

FMV instämmer inte heller i förslagen att förlänga tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift och att höja upphandlingsskadeavgiftens högsta nivå. FMV anser att de omständigheter eller skäl som Konkurrensverket har framfört i promemorian inte motiverar en längre tidsfrist eller visar att den tidsfrist som gäller idag inte är tillräcklig för att utöva tillsynen. Upphandlande myndigheters och enheters intresse av att inte behöva leva i ovisshet väger tyngre. Vidare anser FMV att dagens högsta nivå för upphandlingsskadeavgiften är tillräckligt avskräckande.



Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2020-02-11	19FMV1001-73:1	12.4
	Dokumentnummer	Sida
		2(7)

FMV instämmer inte i förslaget att Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption. Det går inte att förutse konsekvenserna av förslaget eller vad det faktiskt innebär.

FMV instämmer dock i förslaget att tillsynsmyndigheten ska kunna besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift i vissa fall. Förslaget är bra ur ett process- och samhällsekonomiskt perspektiv. Vidare instämmer FMV i förslaget att området för upphandlingsskadeavgiften inte ska utvidgas till att omfatta även andra överträdelser av upphandlingslagarna. FMV anser att så är fallet även om Konkurrensverkets övriga förslag i promemorian inte genomförs. FMV instämmer inte i förslaget att förena föreläggande om att lämna ut uppgifter vid vite.

Angående punkt 4.1 ”Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande”

FMV instämmer inte i förslagen om att ge Konkurrensverket befogenhet att meddela förelägganden och förbud samt att ett sådant beslut ska kunna förenas med vite.

Det primära syftet med tillsynsmyndighetens roll har ansetts vara att tillvarata samhällets intresse av konkurrensutsättning varför sanktionsmöjligheterna för Konkurrensverket har begränsats till att avse överträdelser som avser annonseringsskyldigheten (prop. 2009/10:180 s. 207). Frågan om Konkurrensverket ska ha större ingripandemöjligheter har vid tidigare tillfällen besvarats nekande (jmf. a. prop. s. 177ff.). FMV anser inte att Konkurrensverket framför några nya skäl för varför tillsynsmyndighetens roll och ingripandemöjligheter ska eller bör ändras. Promemorian visar snarare att dagens tillsynsverksamhet med tillsynsbeslut har en vägledande effekt och att flertalet myndigheter faktiskt rättar sig efter Konkurrensverkets bedömning.

FMV delar inte heller uppfattningen att det finns en risk för att den offentliga upphandlingen blir ineffektiv och att syftena med upphandlingslagstiftningen går förlorad för att Konkurrensverket inte får utökade sanktionsmöjligheter. Det finns mer effektiva metoder för att uppnå syftena med upphandlingslagstiftningen genom vägledning och hjälp för upphandlande myndigheter att utveckla den goda affären inom ramen för vad som är möjligt inom upphandlingslagstiftningen, exempelvis genom Upphandlingsmyndighetens uppdrag och försorg, än genom bestraffning. FMV anser att de rådande sanktionsmöjligheterna inom upphandlingslagstiftningen idag fullt tillräckliga, effektiva och avskräckande. Promemorian belyser inte heller om ändrade arbetssätt, ändrad resursanvändning och prioriteringar vid myndigheten skulle kunna effektivisera tillsynen. Förslaget kan vidare ifrågasättas beaktat syftet i tidigare utredningar såsom överprövningsutredningen, bl.a. att minska antalet upphandlingsmål i domstol, och förenklingsutredningen, att förenkla upphandlingslagstiftningen.

Förslaget riskerar att resultera i mer omfattande möjligheter för Konkurrensverket att ingripa vid överträdelser än vad som idag är möjligt för leverantörer. Det förändrar även inriktningen att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet ska vara leverantörsdrivna (a. prop. s 2009/10:180 s. 178 f.). Enligt förslaget krävs det enbart att Konkurrensverket konstaterar att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen har skett för att kunna fatta beslut utan en domstolsprövning av frågan. Det kan jämföras med att det vid ett ingripande av en leverantör krävs att denne utöver att visa en överträdelse, ska visa att skaderekvisitet är uppfyllt för att vinna framgång (se 20 kap. 4 § lag (2016:1145) om offentlig upphandling, ”LOU”). FMV vill även framhålla att bedömningarna av om en påstådd överträdelse faktiskt är en överträdelse oftast är mycket komplicerade och inte sällan tvistiga, vilket ofta är fallet när en överträdelse mot de grundläggande principerna görs gällande.



Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2020-02-11	19FMV1001-73:1	12.4
	Dokumentnummer	Sida
		3(7)

Förslaget kommer att resultera i fler domstolsprocesser mellan Konkurrensverket och upphandlande myndigheter som önskar att överklaga Konkurrensverkets beslut för att få till en domstolsprövning. Det kan ifrågasättas om Sverige är i behov av fler domstolsprocesser inom upphandlingsområdet samt om denna ordning är samhällsekonomiskt försvarbar.

Förslaget saknar vidare bestämmelser om preskription, dvs. inom vilken frist Konkurrensverket har möjlighet att meddela de aktuella besluten. Det ska jämföras med att upphandlingslagstiftningen för övriga ingripandemöjligheter innehåller preskriptionsfrister för när ett prövningsförfarande senast ska ha påbörjats (se 20:11-12 LOU, 20:17 LOU respektive 20:21 LOU och 21:6-7 LOU). Preskription och eventuella konsekvenser därav berörs inte av promemorian som får ses som ofullständig i denna del.

FMV finner det även oförutsebart i vilka situationer Konkurrensverket kan komma att välja mellan att meddela ett föreläggande respektive förbud, samt hur dessa beslut kan komma att utformas även om en viss exemplifiering ges. FMV konstaterar att exemplifieringen består av överträdelser i vilka det finns möjlighet för både leverantörer och Konkurrensverket att ingripa med dagens ordning, med undantag av motiveringsskyldigheten och dokumentationsplikten som av regeringen inte ska underkastas administrativ eller rättslig kontroll av olika anledningar (prop. 2015/16:195 s. 450f. och s. 1149). Det framgår inte heller att dagens tillsynsbeslut, i vilka Konkurrensverket konstaterat en överträdelse av annonseringsskyldigheten men där preskriptionsfristen löpt ut, är otillräckligt effektiva för att de i hög grad inte efterlevs av de upphandlande myndigheterna eller att överträdelserna systematiskt fortgår. Om så skulle vara fallet så vill FMV framhålla att det även i de fallen finns möjlighet för både leverantörer och Konkurrensverket att ingripa mot agerandet genom prövningsförfaranden (se 20:11-12 LOU, 20:17 LOU, 20:21 LOU och 21:6-7 LOU).

Ett av Konkurrensverket meddelat förbud att inte tillämpa ett ingånget avtal, kan komma att få stora konsekvenser för FMVs och Försvarmaktens verksamhet. Ett sådant beslut kan i stor grad påverka försörjningstryggheten, försvarmaterieförsörjningen och i sin tur Sveriges operativa förmåga samt säkerhet. Ett beslut om förbud skulle därutöver inte bara påverka den upphandlande myndigheten utan även den leverantör som är avtalspart. Den upphandlande myndigheten eller enhetens agerande i enlighet med Konkurrensverkets beslut skulle därmed även kunna få civilrättsliga konsekvenser för avtalsparterna och inte minst ekonomiska konsekvenser för den enskilde leverantören. Beroende på när i tiden ett sådant förbud meddelas så kan fullgörelsen av avtalet redan ha påbörjats och fullgjorts till stor del och leverantörerna kan i sin tur ha knutit anställda till sig, ingått hyresavtal och underleverantörsavtal som måste sägas upp mot kostnader vilket kan leda till skadeståndsprocesser. En sådan risk kommer att leda till fördyrningar för det den upphandlande myndigheten och i slutändan skattebetalarna. Förslaget och konsekvensanalysen får i denna del anses vara bristfällig då frågan om hur marknadens aktörer kan påverkas inte berörs överhuvudtaget.

Förslaget äventyrar även Sveriges roll vid internationell samverkan inom försvarsområdet och motverkar sådan samverkan. Sverige är redan ett av de länder inom Europa i vilket det finns stora möjligheter till ingripandeåtgärder i upphandlingslagstiftningen och där åtgärderna nyttjas i hög grad. Att utöka möjligheterna till ingripandeåtgärder på det långtgående sätt som föreslås i promemorian skulle därmed riskera att minska Sveriges möjligheter till deltagande samt att utses till sk. ”lead nation” och det land som ansvarar för genomförandet av den gemensamma försvarsupphandlingen, vilket i en förlängning kan komma att påverka Försvarmaktens operativa förmåga och Sveriges försvar. Sådana samarbeten innefattar redan en mängd utmaningar kopplade till försörjningstrygghet, teknik och ekonomi och förslaget innebär risker som är svåra att förutse för deltagande länder.



Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2020-02-11	19FMV1001-73:1	12.4
	Dokumentnummer	Sida
		4(7)

FMV instämmer inte i förslaget om att ett meddelat föreläggande eller förbud ska kunna gälla omedelbart. FMV finner det oklart varför det för dessa beslut skulle krävas ett undantag från huvudregeln inom förvaltningsrätten och Konkurrensverket framför inte i vilka situationer det skulle kunna föreligga behov av omedelbar verkställbarhet. Förslaget är alltför långtgående beaktat att omedelbar verkställighet inte ens gäller efter dom i upphandlingsmål i de allmänna förvaltningsdomstolarna.

FMV instämmer i förslaget om att en och samma överträdelse inte ska kunna föranleda såväl vite som upphandlingsskadeavgift. FMV instämmer dock inte i förslaget att Konkurrensverket ska ha möjlighet att avgöra vilken av de två alternativa ingripandeåtgärderna som ska användas. Det måste vara tydligt för de upphandlande myndigheter samt leverantörsmarknaden när vilken ingripandeåtgärd kan komma att användas. En annan ordning skulle kunna innebära att Konkurrensverket väljer alternativet att själva besluta om omedelbar verkställighet av ett förbud förenat med vite att tillämpa ett avtal som Konkurrensverket anser har upphandlats i strid med annonseringsskyldigheten istället för att påbörja en domstolsprocess ansöka om upphandlingsskadeavgift.

Angående punkt 4.2 ”Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift”

FMV instämmer inte i förslaget om förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift. FMV anser inte att det är rimligt eller ändamålsenligt att dubblera tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift och att en upphandlande myndighet eller enhet ska behöva leva i ovisshet i två år. FMV anser vidare att samma tidsfrist bör gälla, för att ge in ansökan om upphandlingsskadeavgift, som för en leverantör att väcka talan om skadestånd.

Såsom Konkurrensverket anför i sin promemoria så tog regeringen hänsyn till att tillsynsmyndigheten inte har samma insyn beträffande upphandlingar eller vetskap om otillåtna direktupphandlingar som en leverantör redan i propositionen ”Nya rättsmedel på upphandlingsområdet” (prop. 2009/10:180 s. 208 ff). FMV anser inte att Konkurrensverket har framfört några nya skäl som visar att nuvarande tidsfrist inte är tillräcklig eller ändamålsenlig. FMV anser inte att det föreligger några omständigheter som motiverar att mål avseende upphandlingsskadeavgift ska behandlas annorlunda eller att en längre tidsfrist ska gälla än vad som gäller för en leverantör som vill kräva skadestånd. Det kan i detta sammanhang även påpekas att Konkurrensverket redan idag kan få kännedom om upphandlingar som företas utan föregående annonsering eftersom de upphandlande myndigheterna och enheterna är skyldiga att efterannonsera även dessa upphandlingar inom 30 dagar från det att avtalet ingicks. I efterannonseringen ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange typ av upphandlingsförfarande samt en motivering till förfarandet vid användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se prop. 2015/16:195 s. 1052 samt artikel 50 Direktiv 2014/24/EU och bilaga V, Del D punkten 7 till Direktiv 2014/24/EU).

Konkurrensverkets skäl till förslaget är vidare motsägelsefulla. Enligt Konkurrensverket så kommer förslaget inte nödvändigtvis medföra att Konkurrensverket lämnar in fler ansökningar om upphandlingsskadeavgift, dvs. Konkurrensverkets syfte med ändringen verkar inte vara att sanktionera fler och stävja otillåtna direktupphandlingar, utan att få mer tid för att välja lämpliga ärenden som gör att Konkurrensverket kan driva rättsutvecklingen framåt. FMV ifrågasätter om detta är det primära syftet med tillsynsmyndighetens roll. (jfr bl.a. prop. 2009/10:180 s. 207 och 22:1 LOU). Förslaget kommer således inte leda till en effektivisering av tillsynen.



Att rättsmedlen ska vara effektiva betyder även att de ska vara tillräckliga, dvs. stå i proportion till syftet, samt att förbrukningen av allmänna medel sker ändamålsenligt och kostnadseffektivt. FMV anser inte att Konkurrensverkets förslag, beaktat skälen, är ändamålsenligt eller kostnadseffektivt. Det är inte något som tyder på att fler otillåtna direktupphandlingar skulle komma till konkurrensverkets kännedom i tillräcklig tid enbart för att tidsfristen förlängs med ytterligare 1 år eller att fler otillåtna direktupphandlingar kommer att sanktioneras. Konkurrensverket anför dessutom i sin konsekvensanalys att ”Antalet upphandlande myndigheter och enheter som utreds eller blir föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift kommer dock att vara väsentligen densamma”, även om tidsfristen skulle fördubblas. Konkurrensverkets förslag kommer således inte effektivisera tillsynen.

Konkurrensverket anför även som skäl att utredningarna är tidskrävande och att det inte är lämpligt att tillsynsmyndigheten belastar domstolarna med ärenden som inte är tillräckligt utredda. FMV har svårt att förstå på vilket sätt Konkurrensverkets utredningar i mål om upphandlingsskadeavgift skulle skilja sig så markant från t.ex. leverantörers ansökningar om överprövning eller leverantörers utredningar för att väcka talan om skadestånd, att de motiverar nästa två år alternativt ett år längre tid för utredning. En utredningstid om ett år, oaktat den skriftväxling som krävs, måste anses vara väl tilltagen och fullt tillräcklig. Uttalandet är även motsägelsefullt eftersom konkurrensverkets förslag om ökade möjligheter till ingripande kommer att medföra process- och samhällsekonomiska konsekvenser som inte går att förutse.

FMV anser att de omständigheter eller skäl som Konkurrensverket har framfört i promemorian inte motiverar en längre tidsfrist eller visar att den tidsfrist som gäller idag inte är tillräcklig för att utöva tillsynen. Upphandlande myndigheters och enheters intresse av att inte behöva leva i ovisshet väger tyngre. Konkurrensverket promemoria belyser inte heller den egna organisationen och om ändrade arbets sätt, ändrad resursanvändning och prioriteringar vid myndigheten, i enlighet med tillsynsmyndighetens roll, skulle kunna effektivisera tillsynen istället för att förlänga tidsfristen, med ökad ovisshet för upphandlande myndigheter som följd.

Angående punkt 4.3 ”Upphandlingsskadeavgiftens storlek”

FMV instämmer inte i förslaget om upphandlingsavgiftens storlek.

FMV anser inte att en höjning av upphandlingsskadeavgiften kommer öka den preventiva effekten, öka effektiviteten eller avskräcka myndigheter i högre utsträckning än idag. Den efterfrågade effekten erhålls redan idag och utan en höjd avgiftsnivå. Avgiftens storlek har efter en viss nivå liten betydelse för en upphandlande myndighets beslut att vidta en viss åtgärd eller inte. Upphandlande myndigheter försöker alltid göra rätt och förvalta skattemedel på bästa sätt vid genomförande av upphandlingar, verksamheten och samhällsuppdraget. Den negativa publiciteten som ett påförande av upphandlingsskadeavgiften för med sig har minst lika avskräckande effekt, om inte större. Vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens nivå bör även särskilt beaktas den omständigheten att det är skattemedel som i många fall kommer att användas för att betala en påförd sanktion.

Upphandlingsskadeavgiften drabbar hela myndighetens verksamhet och inte enbart det avtal som är föremål för prövning. Myndigheterna har inte någon särskild budget eller ett särskilt anslag för den här typen av utgifter och 10 000 000 kronor är väldigt mycket pengar. Att dubblera upphandlingsskadeavgiften till 20 000 000 kronor är inte proportionerligt och ändamålsenligt. Promemorian belyser inte konsekvenserna för upphandlande myndigheter och enheter vid en höjd avgiftsnivå.



Även om upphandlingens värde har betydelse vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens nivå så bör även upphandlingsskadeavgiftens nivå och således det efterföljande sanktionsvärdet stå i proportion till den konstaterade överträdelsen, dvs. det upphandlingsfel som har begåtts. Avgiftens högsta nivå måste således ligga på en rimlig och proportionerlig nivå i förhållande till det upphandlingsfel som har begåtts för att inte liknande upphandlingsfel i avtal med höga värden ska sanktioneras oproportionerligt. Det kan även poängteras att det varken av lagtext eller förarbeten går att läsa ut att det finns stöd för att tillämpa en presumtion för att bestämma det efterföljande sanktionsvärdet till en viss procentandel av kontraktsvärdet (jfr KamR i Stockholm dom i mål nr 5452-12). Konkurrensverket anser att en höjning motiveras av att 10 000 000 kronor i ett ärende endast motsvarade 3 procent av kontraktssumman. Slutsatsen Konkurrensverket gör av detta är att en fördubbling av upphandlingsskadeavgiftens högsta nivå skulle öka effektiviteten i tillsynsarbetet och den avskräckande effekten. FMV anser att Konkurrensverkets utredning och analys i promemorian är bristfällig och ofullständig i denna del.

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

FMV instämmer i förslaget att Konkurrensverket ska ges en egen möjlighet till eftergift i de fall där ansökan om upphandlingsskadeavgift är obligatorisk idag och anser att det är lämpligt ur ett process- och samhällsekonomiskt perspektiv.

Angående punkt 4.5 ”Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna?”

FMV instämmer i förslaget att upphandlingsavgift inte ska utvidgas till att omfatta även andra överträdelser av upphandlingslagstiftningen. FMV anser att så ska gälla även om inga av Konkurrensverkets förslag till skärpning av lagstiftningen i promemorian genomförs.

Angående punkt 4.6 ”Vite”

FMV instämmer inte i förslaget om vite vid föreläggande att lämna uppgifter. FMV ser inte något behov av att införa en sådan möjlighet eftersom FMV och andra statliga myndigheter alltid har en skyldighet att efterkomma ett sådant föreläggande. FMV instämmer inte i förslaget om vite vid ingripande, beaktat att FMV inte instämmer med förslaget om en utvidgning av Konkurrensverkets möjligheter till ingripande.

Angående punkt 4.7 ”Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption”

FMV instämmer inte i förslaget att konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption. FMV anser inte att förslaget är tillräckligt utrett och att det inte går att förutse eventuella konsekvenser av förslaget eller vad det faktiskt innebär.



Öppen/Unclassified BESLUT

Datum	Diarienummer	Ärendetyp
2020-02-11	19FMV1001-73:1	12.4
	Dokumentnummer	Sida
		7(7)

I den slutliga beredningen har deltagit chefsjurist Anders Sjöborg och rådgivare Robin Hedström vid Marknad och inköp, juristen Rickard Lindmark Nömmell och juristen Ann Pietikäinen vid Juridik- och säkerhetsstaben. Den sistnämnda tillika föredragande.

FÖRSVARETS MATERIELVERK

Thomas Engevall
Chef Ledningsstaben

Ann Pietikäinen
Juridik- och säkerhetsstaben

Sändlista

Regeringskansliet

Juridik- och säkerhetsstaben
Ledningsstaben
Arkiv