



Sändlista

Ert tjänsteställe, handläggare
FinansdepartementetErt datum
2019-10-30Er beteckning
Fi2019/02619/OUVårt tjänsteställe, handläggare
HKV LEDS JUR Erik Sigfridsson
erik.x.sigfridsson@mil.se

Vårt föregående datum

Vår föregående beteckning

Remissyttrande över promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

Försvarsmakten har fått Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen på remiss och lämnar följande yttrande.

Sammanfattning

Försvarsmakten tillstyrker förslaget att tillsynsmyndigheten i föreslagna fall ska kunna besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Vidare har Försvarsmakten i och för sig inget emot att en myndighet får i uppdrag att uppmärksamma och motverka korruption. Effekterna av förslaget i denna del är emellertid inte tillräckligt utredda för att Försvarsmakten ska kunna ta ställning till förslaget att Konkurrensverket ska få denna instruktion inom ramen för sina tillsynsuppgifter.

Utöver vad som angetts ovan avstyrker Försvarsmakten förslagen. Ett genomförande skulle medföra en ökad osäkerhet för Försvarsmakten i myndighetens upphandlingsverksamhet, vilket försvårar Försvarsmaktens planering och genomförande av myndighetens uppdrag. Försvarsmakten konstaterar att Konkurrensverkets förslag inte förenklar eller effektiviserar myndighetens upphandlingsverksamhet. Försvarsmakten ser att förslagen istället ökar komplexiteten i ett regelverk som snarare är i behov av förenkling. Konsekvenserna av förslagen är dessutom inte tillräckligt utredda för att förslagen ska genomföras.

(ES)



Försvarsmaktens yttrande

Förslaget om att öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande (avsnitt 4.1)

Försvarsmakten avstyrker Konkurrensverkets förslag om att tillsynsmyndigheten ska få befogenhet att meddela de förelägganden och förbud mot upphandlande myndigheter och enheter som tillsynsmyndigheten finner nödvändiga.

Den huvudsakliga anledningen till att förslaget i denna del avstyrks är att en sådan befogenhet för tillsynsmyndigheten skulle medföra en ökad och alltför långtgående osäkerhet för Försvarsmakten i myndighetens upphandlingsverksamhet. Försvarsmaktens planering av myndighetens verksamhet skulle därmed försvåras på ett sätt som inte är proportionerligt i förhållande till syftet med Konkurrensverkets förslag.

Det finns idag ett antal rättsmedel som kan tillgripas mot en upphandlande myndighet. Efter en ansökan om överprövning av en leverantör kan förvaltningsdomstol besluta att en upphandling ska rättas eller göras om eller att ett ingånget avtal ska förklaras ogiltigt. Leverantörer har även rätt att väcka talan om skadestånd gentemot en upphandlande myndighet om myndigheten inte följt bestämmelser i upphandlingslagstiftningen. Därutöver har tillsynsmyndigheten möjlighet att ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Även om angivna rättsmedel bidrar till ökad rättssäkerhet i upphandlingsförfarandena medför de samtidigt en osäkerhet för Försvarsmakten i myndighetens upphandlingsverksamhet. Ett genomförande av Konkurrensverkets förslag skulle medföra att ytterligare ingripandemöjligheter införs som försvårar Försvarsmaktens planering för genomförandet av myndighetens uppdrag.

Inledningsvis kan det konstateras att förslaget inte innehåller några begränsningar över vilka typer av förelägganden eller förbud som tillsynsmyndigheten ska kunna meddela. En sådan reglering medför en långtgående möjlighet för tillsynsmyndigheten att ingripa i en myndighets verksamhet på ett sätt som vare sig är transparent eller förutsebart för myndigheten. Som exempel anges att tillsynsmyndigheten ska kunna meddela ett föreläggande om att en upphandlande myndighet ska ändra löptiden för ett ingånget avtal eller helt förbjuda myndigheten från att tillämpa ett avtal. En konsekvens av ett genomförande av förslaget skulle således bli att Försvarsmakten inte kan förlita sig på att ett upphandlat avtal avseende varor och tjänster kan tillämpas för genomförandet av Försvarsmaktens uppdrag.

Försvarsmakten konstaterar att förslaget går emot den grundläggande tanken i rättsmedelsdirektiven att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet i allt väsentligt ska vara leverantörsdrivna (se prop. 2009/10:180 s. 179). I nämnda förarbete bedömde regeringen att Konkurrensverket inte skulle erkännas talerätt att överpröva en upphandling. Det kan konstateras att Konkurrensverket vid ett genomförande av förslaget skulle tilldelas en än mer långtgående möjlighet till



ingripande än vad Konkurrensverket skulle ha fått om de hade erkänts talerätt att överpröva en upphandling.

Till skillnad från vad som gäller för en ansökan om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet skulle inte några tidsfrister gälla inom vilka tillsynsmyndigheten måste meddela eventuella förelägganden och förbud. Enligt gällande rätt kan Försvarsmakten förlita sig på att en upphandling inte kan överprövas av en leverantör om en ansökan inte görs inom aktuell tidsfrist. Även rätten att väcka en skadeståndstalan enligt upphandlingslagstiftningen samt Konkurrensverkets möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift begränsas av tidsfrister. Enligt Konkurrensverkets förslag skulle tillsynsmyndigheten erhålla en möjlighet att meddela förelägganden och förbud som i praktiken skulle medföra lika ingripande åtgärder som en ansökan om överprövning kan medföra för myndigheten. Exempelvis kan ett beslut från tillsynsmyndigheten om att Försvarsmakten inte skulle få tillämpa ett avtal liknas vid en ogiltigförklaring av avtalet. Med detta följer även att Försvarsmakten måste göra en ny upphandling. Med föreslagna reglering kommer således Försvarsmakten att under hela avtalets löptid behöva ta i beaktande att tillsynsmyndigheten kan komma att begära att avtalet inte får tillämpas. Detta trots att tidsfrister för överprövningar löpt ut och ingen leverantör funnit anledning att överpröva upphandlingen. Syftet med en reglering avseende tidsfrister sätts därmed ur spel om tillsynsmyndigheten erhåller föreslagen befogenhet. Vidare är det troligt att leverantörer som inte ansökte om överprövning vänder sig till tillsynsmyndigheten för att förmå tillsynsmyndigheten att på något sätt ingripa mot aktuell myndighet.

Försvarsmakten kan vidare konstatera att förslaget inte innehåller någon utredning eller bedömning av de konsekvenser ett föreläggande eller förbud som tillsynsmyndigheten meddelar kan få för den upphandlande myndigheten i relation till myndighetens leverantörer. Exempelvis saknas det i förslaget en bedömning av vilka avtalsrättsliga konsekvenser ett förbud att tillämpa ett upphandlat avtal kan följa för den upphandlande myndigheten. Enligt Försvarsmakten framstår det inte som osannlikt att leverantörer kan komma att framställa skadeståndsanspråk gentemot upphandlande myndigheter som följer förelägganden och förbud som tillsynsmyndigheten meddelat när det medför att myndigheterna begår avtalsbrott. Ett genomförande av förslaget kan således medföra betydande kostnader för upphandlande myndigheter.

Även om Konkurrensverkets föreläggande och förbud skulle kunna överklagas ser inte Försvarsmakten någon fördel med att myndighetens upphandlingsverksamhet kan bli föremål för ytterligare ett domstolsförfarande. Att ytterligare ett institut för domstolsprövning införs på upphandlingsområdet bidrar enligt Försvarsmakten till ökad komplexitet och riskerar att orsaka ineffektivitet i myndighetens upphandlingsverksamhet. Prövningsramen för domstolsförfarandet och vilka rättsföljder som domstolen kan besluta om efter en prövning är oklara. Detta bidrar till ökad osäkerhet för Försvarsmakten. Av förslaget anges att tillsynsmyndigheten inte ska få meddela beslut som får



oproportionerliga följer. Det är väsentligt för Försvarsmakten att ett ingripande inte ska få ske om ett sådant riskerar ett av Sveriges säkerhetsintressen.

Slutligen ställer Försvarsmakten sig frågande till att det föreligger ett behov att ge tillsynsmyndigheten denna långtgående befogenhet. Som Konkurrensverket anger i förslaget har Konkurrensverkets tillsynsbeslut vägledande effekt även för andra upphandlande myndigheter och enheter än den granskade myndigheten. Vad Konkurrensverket anger i ett tillsynsbeslut eller ett ställningstagande ger vägledning för Försvarsmakten i myndighetens upphandlingar. För det fall en myndighet genomför en upphandling i strid med något som Konkurrensverket angett i ett tillsynsbeslut kan även en leverantör som anser sig lida skada till följd av myndighetens agerande också finna vägledning i beslutet och hänvisa till det i en ansökan om överprövning. En sådan ordning, som nu gäller, är även förenlig med syftet bakom rättsmedelsdirektiven om att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet i allt väsentligt ska vara leverantörsdrivna.

Under alla omständigheter bör inte tillsynsmyndighetens förelägganden och förbud kunna gälla omedelbart. Ett sådant institut riskerar att påverka försörjningstryggheten för Försvarsmakten och myndighetens operativa förmåga. Om ett sådant beslut får meddelas bör domstol snabbt vara skyldigt att pröva och besluta om att beslutet tillsvidare inte längre ska gälla. Utredning i denna del saknas i förslaget.

Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift (avsnitt 4.2)

Försvarsmakten avstyrker förslaget om att tidsfristen för en ansökan om upphandlingsskadeavgift, där ingen leverantör ansökt om överprövning av ett avtals giltighet, ska förlängas till två år.

Försvarsmakten anser det inte vara rimligt att myndigheten ska behöva leva i ovisshet i två år när det gäller ett eventuellt påförande av en upphandlingsskadeavgift. Förslagen förlängning av tidsfristen skulle försvåra planeringen av Försvarsmaktens upphandlingsverksamhet. Nuvarande ordning där tidsfristen sammanfaller med leverantörers tidsfrist att väcka talan om skadestånd inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts är en skälig tidsfrist. Försvarsmakten delar således regeringens och Överprövningsutredningens (SOU 2015:12) tidigare bedömningar att den nuvarande tidsfristen är väl avvägd.

Försvarsmakten har förståelse för att Konkurrensverket vill få större möjlighet att upptäcka och utreda ärenden, vilket en förlängning av tidsfristen kan medföra, men anser inte att detta intresse väger tyngre än Försvarsmaktens intresse av att inte behöva leva i ovisshet om en upphandlingsskadeavgift kommer påföras myndigheten. Intresset av att inte behöva leva i ovisshet blir än större om upphandlingsskadeavgiftens storlek också höjs i enlighet med förslaget.

Konkurrensverket har även föreslagit att det inte ska vara obligatoriskt för tillsynsmyndigheten att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall eller



när det finns skäl för eftergift. Såvitt Försvarsmakten kan bedöma borde ett genomförande av det förslaget medföra att resurser hos tillsynsmyndigheten kan omfördelas till tillsynsmyndighetens utredningsarbete, vilket skulle minska behovet att förlänga aktuell tidsfrist.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek (avsnitt 4.3)

Försvarsmakten avstyrker förslaget om att det högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift ska höjas från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor.

Likt de flesta upphandlande myndigheter och enheter är Försvarsmaktens verksamhet skattefinansierad. Försvarsmaktens erläggande av en eventuell upphandlingsskadeavgift skulle därmed ytterst utgå från skattemedel. Denna omständighet talar enligt Försvarsmakten för att upphandlingsskadeavgiften inte bestäms till ett för högt belopp. Enligt Försvarsmakten är det högsta beloppet om 10 000 000 kronor ett tillräckligt högt belopp för att ha avskräckande effekt. Utredning eller underlag som talar emot detta saknas. Det ska tilläggas att det inte är den otillåtna direktupphandlingen som sanktioneras av upphandlingsskadeavgiften utan den upphandlande myndighetens eller enhetens hela verksamhet. Även denna omständighet talar för att avgiften inte bestäms till ett för högt belopp.

Betydelse av ringa fall respektive skäl för eftergift vid obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift (avsnitt 4.4)

Försvarsmakten tillstyrker förslaget.

Upphandlingsskadeavgift vid andra överträdelser av upphandlingslagarna (avsnitt 4.5)

Försvarsmakten delar Konkurrensverkets bedömning att det saknas skäl att utvidga området för upphandlingsskadeavgift. Denna bedömning gäller även om tillsynsmyndigheten inte får ökade befogenheter enligt förslaget.

Vite (avsnitt 4.6)

Försvarsmakten avstyrker förslaget om att tillsynsmyndigheten ska ha möjlighet att förena förelägganden och förbud med vite. Inledningsvis kan Försvarsmakten konstatera att det är en vedertagen princip att myndigheter inte ska kunna förena ett föreläggande mot en annan myndighet med vite. Enligt Försvarsmakten krävs starka skäl för att införa undantag från denna princip.

Vad gäller förelägganden om att upphandlande myndigheter och enheter ska lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av en handling ser inte Försvarsmakten att det föreligger något behov att förena ett sådant föreläggande mot Försvarsmakten med vite. För det fall Försvarsmakten blir föremål för en utredning kommer Försvarsmakten samarbeta med tillsynsmyndigheten. Det är dock en förutsättning för Försvarsmakten att



sekretessen bevaras för eventuella säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter under en sådan utredning och att kraven enligt bland annat säkerhetsskyddslagen (2018:585) följs.

Som angetts avstyrker Försvarsmakten förslaget att tillsynsmyndigheten ska få befogenheten att meddela sådana förelägganden och förbud som föreslås av Konkurrensverket. Enligt Försvarsmakten är föreslagen ändring av tillsynsmyndighetens ingripandemöjligheter inte tillräckligt utredda för att tillsynsmyndigheten ska få förena sådana beslut med vite. Som följer av vad Försvarsmakten anfört tidigare i detta yttrande kan en myndighet ställas mellan att antingen behöva betala ett vite eller agera på ett sätt som kan medföra att myndigheten ådrar sig ett skadeståndsansvar. Konsekvenserna av förslaget måste således utredas ytterligare innan det kan bli aktuellt att införa ökade befogenheter för tillsynsmyndigheten att meddela beslut och förena dessa med vite.

Att Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption (avsnitt 4.7)

Försvarsmakten har i och för sig inget emot att en myndighet får i uppdrag att uppmärksamma och motverka korruption. Enligt Försvarsmakten beskriver emellertid inte förslaget i denna del vilka effekterna skulle bli för upphandlande myndigheter om Konkurrensverket skulle få denna uppgift i sin tillsynsverksamhet. Försvarsmakten kan därmed varken tillstyrka eller avstyrka förslaget i denna del.

I beredningen av detta ärende har deltagit avdelningschefen Christina Holm och sektionschefen Andreas Grönkvist.

Detta yttrande har beslutats av chefsjuristen Carin Bratt. I den slutliga handläggningen har dessutom deltagit sektionschefen Katarina Hellner och som föredragande försvarsjurist Erik Sigfridsson.

Carin Bratt

Erik Sigfridsson



Sändlista

Finansdepartementet

För kännedom

Försvarsdepartementet

För kännedom inom HKV

LEDS JUR

PLANEK

HRC

MUST