

Datum 2020-02-05
Diarienummer 1235/19

Finansdepartementet

Göteborgs Stads yttrande över Finansdepartementets remiss – Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/02619/OU)

Finansdepartementet har gett Göteborgs Stad möjlighet att inkomma med synpunkter på rubricerad promemoria. Göteborg Stad önskar framföra följande synpunkter.

Inledning

Göteborgs Stad har förståelse för att Konkurrensverket ser ett behov av att bättre kunna prioritera hur myndighetens resurser ska användas samt att myndigheten önskar nå en tydlig och effektiv tillsyn på upphandlingsområdet. I sammanhanget är det dock viktigt att komma ihåg att den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna vill göra rätt samt att de vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär, vilket bland annat framgår av Förenklingsutredningen (SOU 2018:44). Upphandlingsregelverket är dock i många fall svårt att tillämpa och det är därför ibland nödvändigt att göra avvägningar där myndigheten – utan att ha någon som helst avsikt att bryta mot LOU – ändå kan komma att hamna i en situation där Konkurrensverket senare anser att myndigheten brutit mot regelverket med en upphandlingsskadeavgift som följd. Eftersom det ofta är fråga om svåra avvägningsfrågor och inte medvetna överträdelser av ett klart och tydligt regelverk måste de sanktioner som Konkurrensverket har att tillgå för sin tillsyn vara väl avvägda. Av statistik från Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket framgår att det genomförs närmare 19 000 annonserade upphandlingar per år och därtill ett okänt antal direktupphandlingar. Konkurrensverket fattar årligen cirka 20 – 30 beslut inom upphandlingstillsynen som avser både

ansökningar om upphandlingsskadeavgift och tillsynsbeslut. Konkurrensverkets tillsyn, i form av ansökningar eller beslut, rör alltså en mycket begränsad del av alla de upphandlingar som genomförs. Det ska sättas i relation till den kontroll av regelverkets efterlevnad som sker genom att leverantörer ansöker om överprövning av upphandlingar, vilket genererar cirka 3 000 ärenden i domstol per år.

Öka Konkurrensverkets möjlighet till ingripande

Sverige har en stor andel överprövningar initierade av leverantörer, särskilt i jämförelse med de nordiska länder som ingår i jämförelseunderlaget. Det finns alltså redan idag en väl utvecklad leverantörsdriven kontroll av att upphandlingslagstiftningen efterlevs. I de analyser som Upphandlingsmyndigheten gjort av vilka grunder som är de vanligast förekommande vid överprövningar framgår också att det är just påstådda brister i upphandlingsdokumenten följt av obligatoriska krav på upphandlingsföremålet (se Upphandlingsmyndigheten, Kartläggning och analys av mål om överprövning, rapport 2017:7 s. 55). Kontrollen tycks därmed fungera då leverantörer som upplever att krav är konkurrenshämmande, eller en utvärderingsmodell missvisande påtalar detta, om inte förr så genom att ansöka om överprövning. Leverantörerna på den aktuella marknaden får också anses bäst lämpade att avgöra om krav är oproportionerliga eller om en kravspecifikation vinklas mot viss leverantör. Rent generellt måste det anses tveksamt om det är en lämplig ordning att Konkurrensverket ska kunna ingripa med förbud mot ett avtal, på grund av en brist i upphandlingsdokumenten/det konkurrensuppsökande skedet, när ingen av marknadens aktörer valt att invända mot upphandlingen.

Det är också en väsentlig skillnad mellan en leverantörsdriven överprövning innan ett avtal har slutits och att Konkurrensverket efter att avtal slutits skulle kunna gå in med förbud. Dels är bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven tänkta att korrigera brister så tidigt som möjligt, dels innebär en förbudsmöjlighet att Konkurrensverket ingriper i ett civilrättsligt avtal. Dessutom påverkas den upphandlande myndighetens leverans av nödvändiga tjänster och varor direkt av ett sådant förbud som förslaget innebär. Förbudsmöjligheten berör inte heller bara den upphandlande myndigheten utan även den leverantör som innehar kontraktet eller ramavtalet.

Sammanfattningsvis innebär förslaget om förbudsbeslut av ingångna avtal en på många sätt större osäkerhet och mer betungande åtgärd än

en upphandlingsskadeavgift eller överprövning, varför Göteborgs Stad avstyrker förslaget.

Om förslaget ändå skulle införas är det inte lämpligt att Konkurrensverket ges möjlighet att bestämma att ett förbud eller föreläggande ska gälla omedelbart. I stället bör utgångspunkten vara att om den upphandlande myndigheten överklagar Konkurrensverkets beslut gäller inte beslutet förrän en dom vunnit laga kraft.

Om det ändå skulle finnas behov av regler för en mer effektiv tillsyn för överträdelse som inte rör så kallade otillåtna direktupphandlingar, exempelvis påstått vinklade upphandlingsdokument eller krav i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, vore det att föredra att ge Konkurrensverket en generell talerätt i överprövningsmål. I sådant fall undviks i vart fall olägenheten att det i efterhand sker ett ingrepp i ett civilrättsligt avtal som ingen av marknadens aktörer valt att angripa genom överprövning.

Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket har vid ett flertal tillfällen påtalat att preskriptionstiden bör utökas till två år. Det argument som framförts är att flera otillåtna direktupphandlingar undgått Konkurrensverkets prövning på grund av preskriptionstiden om ett år. I Överprövningsutredningen (SOU 2015:12) bedömdes att det inte fanns tillräckliga skäl att utöka preskriptionsfristen. Det angavs att ansökningsfristens längd ska ge uttryck för en väl avvägd balans mellan upphandlande myndigheters och enheters behov av att inte under en alltför lång tid vara i ovisshet i fråga om påförande av upphandlingsskadeavgift och det allmännas intresse av att tillsynsmyndigheten på ett effektivt sätt kan genomföra sitt uppdrag att bedriva allmänpreventivt arbetet för att förhindra otillåtna direktupphandlingar. De skäl som Konkurrensverket nu framför för en förlängning ändrar enligt Göteborgs Stads uppfattning inte de bedömningar och avvägningar som tidigare gjorts avseende att ett år motsvarar en väl avvägd tid. Överprövningsutredningen pekade också på möjligheten att omfördela resurserna hos Konkurrensverket. Förslaget i förevarande promemoria om att ta bort ansökningskyldigheten för Konkurrensverket borde i sig frigöra resurser till mer prioriterade ärenden, vilket också talar för att en förlängning av tidsfristen inte är nödvändig. Mot bakgrund av ovanstående avstyrker därför Göteborgs Stad förslaget.

Om det ändå skulle anses nödvändigt att införa utökade befogenheter för Konkurrensverket är dock en utökad preskriptionsfrist att föredra framför övriga förslag om höjt tak för upphandlingsskadeavgift och förbudsbeslut förenat med vite.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket har under de nio år bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift har funnits ansökt om den maximala avgiften vid totalt sju tillfällen, varvid domstolen vid tre av dessa tillfällen utdömt den maximala avgiften. Samtliga tre fall har rört samma part. Göteborgs Stad har mot denna bakgrund svårt att se att maxbeloppet är för lågt eller att det finns motiv för att fördubbla taket för avgiften, varför detta förslag avstyrks.

Ändrade regler för obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift

Göteborgs Stad är positiv till förslaget att Konkurrensverket ska kunna besluta om att avstå från obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift vid ringa fall eller vid synnerliga skäl för eftergift. Konkurrensverket bör naturligtvis ges möjlighet att använda sina resurser på ett effektivt sätt. Förslaget innebär också att domstolar och upphandlande myndigheter och enheter inte behöver lägga resurser på ärenden av mer formell karaktär.

Vite

Förslaget om att införa en möjlighet för Konkurrensverket att meddela förbud och förelägganden som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas, har berörts ovan. Mot bakgrund av att Göteborgs Stad inte anser det lämpligt att införa en sådan möjlighet, är det inte heller aktuellt med vitessanktioner för densamma.

Förslaget om vite omfattar dock även föreläggande om att lämna information till Konkurrensverket. Som skäl för förslaget anförs att upphandlande myndigheter vid upprepade tillfällen inte efterkommit myndighetens begäran om information. Göteborgs Stad kan visserligen konstatera att omfattningen av dessa problem inte närmare redogörs för i promemorian, men Göteborgs Stad är inte främmande för möjligheten att komplettera nuvarande bestämmelse om föreläggande att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna kopia av handling, med vite. En avvägning behöver dock göras av den verkliga nyttan med en sådan specifik vitesmöjlighet i förhållande till den administrativa insats en ordning med vite innebär.

Ny uppgift för Konkurrensverket att uppmärksamma och motverka korruption

Det är alltid svårt att göra en analys om hur utbredd korruption är i samband med offentlig upphandling. Det är något oklart vilket underlag Konkurrensverket utgått ifrån när bedömningen gjorts att det funnits tecken på korruption i mellan 5 och 10 procent av de upphandlingsärenden som ingått i tillsynsarbetet. Institutet mot mutor sammanställer sedan 2017 en rättsfallssamling där det bland annat framgår i hur många av årets domar det funnits en koppling till offentlig upphandling. Baserat på denna sammanställning rör det sig om cirka 10 procent av fallen. Av den nyligen publicerade rapporten Korruptionsdomar och offentlig upphandling (Konkurrensverket rapport 2019:5), som baseras på korruptionsdomar sedan 2008, följer att cirka en femtedel av domarna har koppling till offentlig upphandling. Av den senare rapporten framgår dock att det främst är under avtalstiden riskerna för korruption framträder som tydligast.

Det ligger i sakens natur att korruption är svår att upptäcka och att det därför är viktigt att alla aktörer som uppmärksammar korruption eller annat förtroendeskadligt agerande har möjlighet att agera. Göteborgs Stad är därför positiv till förslaget att det i Konkurrensverkets instruktion tydliggörs att verkets upphandlingstillsyn ska bidra till att motverka korruption i offentlig upphandling.

Avslutningsvis vill Göteborgs Stad framhålla att regeringen i första hand bör prioritera redan föreslagna förenklingar av upphandlingsregelverket och minska antalet överprövningar, eller i vart fall dess konsekvenser, istället för att utöka upphandlingstillsynen och införa ytterligare sanktioner. Fokus måste ligga på goda affärer och inte en överdriven riskaversion i avsikt att undvika fel, vilket utökade och höjda sanktioner riskerar att bidra till.

Göteborg den 5 februari 2020
GÖTEBORGS KOMMUNSTYRELSE

Axel Josefson

Mathias Sköld