



Finansdepartementet  
Avdelningen för offentlig förvaltning  
Enheten för offentlig upphandling  
103 33 Stockholm

## Remissvar – Konkurrensverket promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

### Sammanfattning

Kammarkollegiet (kollegiet) anser att nuvarande reglering av tillsynen i offentlig upphandling är ändamålsenlig och att det i dagsläget inte finns ett behov av en utökad tillsyn.

Kollegiet avstyrker förslaget att Konkurrensverket (KKV) ska ges utökade möjligheter till ingripanden genom förelägganden och förbud samt att dessa får förenas med vite.

Kollegiet avstyrker förslaget att förlänga tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift från ett till två år. Liknande förslag har tidigare inte genomförts. Kollegiet menar att nuvarande tidsfrist är välavvägd mot bakgrund av de motstående intressena.

Kollegiet avstyrker förslaget att höja upphandlingsskadeavgiften. Nuvarande upphandlingsskadeavgift är tillräckligt avskräckande. Kollegiet anser inte att argumentet för en dubblerad upphandlingsskadeavgift är motiverat.

Kollegiet tillstyrker förslaget om att KKV ska ges kompetens att själv avgöra om eftergift ska kunna ges eller om en otillåten direktupphandling ska anses vara ringa vid obligatorisk ansökning om upphandlingsavgift.

Kollegiet tillstyrker förslaget att KKV ska ges i uppdrag, enligt myndighetens regleringsbrev, att uppmärksamma och motverka korruption. Kollegiet anser dock att förslaget behöver utvecklas och förtydligas.

## Kammarkollegiets synpunkter och kommentarer

Nedan redovisas kollegiets kommentarer med hänvisning till respektive avsnitt och förslag i PM:en.

### **Promemorians avsnitt 4.1 Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande**

*Det saknas behov av att ge tillsynsmyndigheten utökade möjligheter till ingripanden i enlighet med förslaget*

I samband med att tillsynsmyndigheten föreslogs få befogenhet att föra talan om upphandlingsskadeavgift tog regeringen även ställning till om behov fanns att ge KKV möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende. Regeringen gjorde då bedömningen att så inte var fallet eftersom föreslagna rättsmedel förväntades innebära att regelefterlevnaden vid upphandlingar skulle öka. Kollegiet anser inte att rättsutvecklingen i stort eller de argument som KKV framför i PM:en visar att det nu finns skäl att göra en annan bedömning.

Det är Kollegiets erfarenhet att felkonstruerade utvärderingsmodeller eller andra brister i upphandlingsunderlag i regel påtalas av leverantörer under annonseringsfasen och att den upphandlande myndigheten på eget initiativ korrigerar felaktigheter, eller vid allvarigare fall avbryter upphandlingen. Även om ingen leverantör skulle påtala en brist i ett upphandlingsunderlag under annonseringstiden, finns möjlighet att i ett senare skede ansöka om överprövning av upphandlingen eller av avtalets giltighet. Det faktum att Sverige i en internationell och även nordisk jämförelse har ett stort antal överprövningsmål, indikerar att leverantörskollektivet väl känner till och nyttjar de rättsmedel som står till dess förfogande.

Det är kollegiets uppfattning att den procedurlagstiftning som upphandlingslagstiftningen utgör, där upphandlande myndigheter och enheter (nedan upphandlande myndigheter) respektive leverantörer i regel är att betrakta som jämbördiga parter, innehåller effektiva rättsmedel för en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada och att KKV:s nuvarande ingripandemöjligheter enligt LOU är fullt tillräckliga för att säkerställa en effektiv offentlig upphandling.

*Förslaget leder till kostnadsökningar, inte till ökad regelefterlevnad*

Som konstateras i Förenklingsutredningen (SOU 2018:44) vill den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna göra rätt, och vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär. Flertalet upphandlande myndigheter rättar sig också efter KKV:s tillsynsbeslut, vilket KKV själv konstaterar i PM:en. Trots att överträdelserna i ett fåtal fall fortgår motiverar inte detta en så genomgripande utökning av KKV:s befogenhet som nu föreslås. Den eventuella handlingsdirigerande effekt som förslaget kan ha på enstaka upphandlande myndigheter som annars skulle valt att inte rätta sig efter KKV:s tillsynsbeslut står inte i proportion till de negativa konsekvenser som förslaget innebär för det stora flertalet upphandlande myndigheter som har att tillämpa ett regelverk som redan upplevs som svårtillgängligt och resurskrävande.

En möjlighet att meddela tillsynsbeslut med omedelbar verkställighet innebär, i avsaknad av en preskriptionsfrist, att ett beslut om föreläggande eller förbud kan komma att gälla när som helst under upphandlingen eller under kontraktets löptid, varför den upphandlande myndigheten tvingas leva i konstant ovisshet huruvida en upphandling kan fortgå eller ett avtal bestå. Oavsett tidpunkt riskerar ett ingripande från KKV att förorsaka förseningar i pågående upphandlingar som kan tvinga den upphandlande myndigheten att direktupphandla aktuell vara/tjänst. Ett förbud att tillämpa ett upphandlat ramavtal eller kontrakt kan givetvis även få vittgående civilrättsliga/ ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten och leverantörer.

Kollegiet anser att en utökad befogenhet för tillsynsmyndigheten i enlighet med förslaget leder till osäkerhet och oförutsebarhet i tillämpningen av upphandlingsregelverket, vilket kan försvåra efterlevnaden av detsamma. Förslaget riskerar därmed att få en kontraproduktiv effekt och medför sannolikt att ökade resurser behöver tas i anspråk hos såväl upphandlande myndigheter som hos förvaltningsdomstolarna för att hantera de rättsliga konsekvenser som följer av KKV:s utökade möjligheter till ingripande.

### *Sämre förutsättningar för en enhetlig rättstillämpning*

Upphandlingsmål är ofta komplexa till sin natur där fråga sällan är om medvetna överträdelser, utan snarare om olika tolkningar av ett snårigt regelverk där entydig praxis ofta saknas. Förslaget att KKV under pågående upphandling ska ha möjlighet att meddela föreläggande eller förbud i frågor där rättsläget är oklart innebär en onödig tidsutdräkt där beslutet eventuellt överklagas och frågan då ändå måste prövas av domstol, och detta trots att ingen anbudsgivare ansett sig lida skada av aktuell brist.

Att tillsynsmyndigheten, till skillnad från en leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling, inte behöver visa att någon konkret skada uppstått eller riskerat att uppstå som en följd av det påstådda upphandlingsfelet ökar risken för att beslut fattas utan någon närmare analys av vad föreläggandet eller förbudet får för konsekvenser för den upphandlande myndigheten. Det kan därutöver ifrågasättas om det är tillsynsmyndighetens roll, eller i linje med upphandlingsregelverkets övergripande syfte, att ingripa i situationer där ingen leverantör har funnit något skäl att ifrågasätta en upphandling eller ett avtal.

Vad gäller förslaget att KKV ska kunna välja vilken av de två tillsynsåtgärderna som ska användas, förbud eller föreläggande vid vite alternativt upphandlingsskadeavgift, instämmer kollegiet i den generella ståndpunkt regeringen förde fram i prop. 2009/10:180 "Nya rättsmedel på upphandlingsområdet", att fler sanktionsmöjligheter leder till ett mer komplicerat regelverk samt att det särskilt när fråga är om ett rättsligt ingripande, är en betydande nackdel för den upphandlande myndigheten att inte kunna förutse vilken sanktionen blir.<sup>1</sup>

### *Konsekvenser för kollegiets upphandlingsverksamhet*

Mot bakgrund av ovan bedömer kollegiet att förslaget skulle kunna medföra påtagliga negativa konsekvenser såväl för kollegiets ramavtalsupphandlingar som för de avropsberättigade myndigheter och enheter som tillämpar de statliga ramavtalen. Förslaget innebär en ökad risk att statliga ramavtalsupphandlingar allvarligt försenas eller

---

<sup>1</sup> Prop. 2009/10:180 s. 182

avbryts, vilket påverkar stora delar av offentlig sektor vars försörjning av varor och tjänster tillgodoses av de statliga ramavtalen.

Eftersom ett föreläggande eller förbud potentiellt skulle kunna resultera i att en upphandling behöver avbrytas eller göras om eller att ramavtal inte längre får tillämpas är det sannolikt att kollegiet, liksom övriga upphandlande myndigheter, kommer att överklaga KKV:s tillsynsbeslut. Förslaget innebär följaktligen att ökade resurser kommer att krävas för att omhänderta eventuella domstolsprocesser med anledning av KKV:s tillsynsbeslut.

#### **Promemorians avsnitt 4.2 Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift**

Kollegiet avstyrker förslaget att förlänga tidsfristen att ansöka om upphandlingsskadeavgift från ett år till två år. Att förlänga tidsfristen har föreslagits tidigare men inte realiserats. Kollegiet anser inte att utredningen eller rättsutvecklingen i övrigt tillför nya argument som motiverar att tidsfristen förlängs. Nuvarande frist är väl avvägd sett till de motstående intressen som bör beaktas. KKV:s intresse av en längre tidsfrist för att kunna utreda fall där en granskning inleds i nära anknytning till utgångstiden av ettårsfristen eller för att bättre kunna prioritera bland ärenden bör vägas mot myndigheters intresse av förutsägbarhet och planering. Dessa motstående intressen berörs förvisso i förslaget men kollegiet anser inte att förslaget presenterar några bärande argument för varför KKV:s intresse ska överordnas de upphandlande myndigheternas intressen. Kollegiet har svårt att se att eventuella positiva effekter av att KKV får större möjlighet att prioritera bland ärenden överväger de negativa konsekvenserna för upphandlande myndigheter. Enligt förslaget förväntar sig inte KKV att detta kommer att medföra att ett större antal ärenden utreds. Det kan därför ifrågasättas om en förlängning av fristen och den ovisshet upphandlande myndigheter och leverantörer ställs inför är rimlig sett till den begränsade effekt förslaget förväntas få.

Såvitt kollegiet förstår är KKV:s huvudsakliga argument att KKV kan välja de ärenden de vill utreda och på så vis finna principiellt intressanta ärenden. Ett sådant mål kan dock uppnås med mindre ingripande medel, exempelvis genom att istället tillföra mer resurser till KKV eller att omfördela KKV:s befintliga resurser för att få bättre förutsättningar för att utreda otillåtna direktupphandlingar. Den situation KKV nämner i PM:et angående att det är svårt att upptäcka och utreda ärenden som är

komplicerade och av mer principiellt intresse bör till viss mån förbättras av de nya reglerna om obligatorisk efterannonsering som träder i kraft i januari 2021. I vart fall bör KKV ha större möjlighet att upptäcka otillåtna direktupphandlingar när dessa efterannonseras. I förslaget anges även att upphandlande myndigheter behöver erforderlig tid för att besvara de frågor KKV ställer och ta fram uppgifter som efterfrågas av KKV. Kollegiet är av uppfattningen att upphandlande myndigheter är vana vid snabb handläggning av den typen av ärenden med tanke på handläggningen av överprövningsmål.

Slutligen ser kollegiet heller ingen anledning till att KKV ska ha en längre tidsfrist att agera än den part som berörs direkt, dvs. potentiella leverantörer.

#### **Promemorians avsnitt 4.4 Upphandlingsskadeavgiftens storlek**

Kollegiet avstyrker förslaget att upphandlingsskadeavgiften bör höjas. Enligt prop. 2009/10:180 bör reglerna om upphandlingsskadeavgift utvärderas, och en sådan utvärdering bör även inbegripa avgiftens storlek och sätt att beräknas.<sup>2</sup> Av förslaget framgår inte om upphandlingsskadeavgiften har utvärderats på så vis som beskrivs i propositionen. Av förslaget framgår att KKV är av uppfattningen att en höjd avgift skulle innebära en ökad avskräckande effekt och att effektiviteten skulle stärkas. Kollegiet kan inte av förslaget utläsa några bärande argument varken av förslaget eller av KKV:s årliga publikationer av tillsynsverksamheten till stöd för ett sådant påstående. Tills dess att en faktisk utvärdering görs bör det enligt Kollegiets mening inte ske någon förändring av avgiftens storlek. En eventuell höjning bör enligt kollegiets mening baseras på uppgifter som styrker ett behov av en höjd upphandlingsskadeavgift. Kollegiet ställer sig även frågande till vilken effekt ett höjt avgiftsbelopp faktiskt medför. Utöver upphandlingsskadeavgift kan sannolikt negativ publicitet bidra till att myndigheter vidtar åtgärder för att agera i enlighet med LOU. Enligt KKV:s egen utsaga genomför i regel två av tre upphandlande myndigheter och enheter någon form av förändring avseende hanteringen av inköp och upphandlingar vid tillsynsbeslut.<sup>3</sup> Vidare

---

<sup>2</sup> Prop. 2009/10:180 s. 196.

<sup>3</sup> Konkurrensverkets rapportserie 2016:1 Tillsyn har effekt – Uppföljning av Konkurrensverkets upphandlingstillsyn, s. 35.

förefaller det enligt KKV inte vara någon skillnad i effekt gällande genomförda eller planerade förändringar mellan å ena sidan tillsynsbeslut som inte inbegriper en avgift och å andra sidan upphandlingsskadeavgift. Om effekten är densamma oavsett om det utgår upphandlingsskadeavgift eller inte kan det ifrågasättas om det är ändamålsenligt att höja avgiften.

**Promemorians avsnitt 4.7 Konkurrensverket ska få i uppgift att uppmärksamma och motverka korruption**

Kollegiet har inga principiella synpunkter på förslaget att KKV ska få ett uttryckligt uppdrag att uppmärksamma och motverka korruption. Att förebygga och motarbeta korruption inom offentlig upphandling är en högprioriterad fråga kollegiet ser därför positivt på förslaget att KKV ska få en samordnad roll för att uppmärksamma och motverka korruption inom ramen för offentlig upphandling. Det vore dock önskvärt om det av förslaget tydligare framgick vad det föreslagna uppdraget innebär i praktiken.

---

Detta remissvar har beslutats av generaldirektören Gunnar Larsson. Upphandlingsjuristerna Anna Nessen och André Thomsen har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även avdelningschefen Anna Clara Wittgren Törnvall, enhetschefen Anna Ekberg samt chefsjuristen Elisabeth Hammar deltagit.

Gunnar Larsson

Anna Nessen, André Thomsen