

2020-02-10

ÄRENDENUMMER: 2019-
372

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansli

et.se

PM med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

(dnr Fi2019/02619/LOU)

Myndigheten för digital förvaltning (DIGG) lämnar följande synpunkter.

Sammanfattning

DIGG har inte något att invända mot de förslag och bedömningar som görs i promemorian gällande förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift, högre upphandlingsskadeavgift, möjlighet att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift när det är fråga om ringa fall eller om det finns synnerliga skäl för eftergift och uppgift att uppmärksamma och motverka korruption.

DIGG har dock synpunkter på förslaget gällande ökade möjlighet till ingripande. DIGG anser att följderna av ett (omedelbart) beslut om föreläggande eller förbud inte är tillräckligt belyst och kan anses vara oproportionerliga.

Generella synpunkter

Inledning

DIGG instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att det krävs sanktionsmöjligheter för att tillsynsverksamheten inom upphandlingsområdet ska vara effektiv och leda till att gällande bestämmelser efterföljs. DIGG ser det också

som positivt att en förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift kan leda till att driva rättsutvecklingen framåt och därmed klargöra vissa principiella frågor. Dock anser DIGG att regeringens tidigare uttalande (se prop. 2009/10:180, s. 218 f.) om att nuvarande möjlighet att ingripa med ansökan om upphandlingsskadeavgift är tillräckliga i och med att leverantörer även kan ansöka om överprövning fortfarande är relevant och bör vägas in i bedömningen av vilka befogenheter Konkurrensverket ska ha att ingripa. Mot den bakgrunden är det DIGGs uppfattning att det är befogat och proportionerligt att ingripandemöjligheterna utökas på så vis att tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift förlängs, det högsta beloppet som kan utgå höjs samt att Konkurrensverket får rätt att förena ett föreläggande om att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av en handling med vite. På så vis förstärks nuvarande ingripandemöjligheter och det finns en möjlighet att senare utvärdera om dessa åtgärder varit tillräckliga för att uppnå en effektiv tillsyn på upphandlingsområdet.

DIGGs inställning är alltså att Konkurrensverket inte bör ges befogenheter att meddela föreläggande eller förbud såsom de föreslår i avsnitt 4.1 i förslaget. Nedan utvecklar DIGG tankarna kring detta.

4.1. Öka tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande

Föreläggande och förbud

Det är svårt att få en klar överblick över konsekvenserna av ett föreläggande eller förbud. Konkurrensverket skriver att verkan av ett föreläggande eller förbud är att en upphandlande myndighet är skyldig att vidta eller avstå från en viss åtgärd. Tillsynsmyndighetens beslut medför alltså inte att ett felaktigt agerande som ett föreläggande tar sikte på blir ogiltig eller andra liknande rättsföljder (se s. 47, tredje stycket) men samtidigt innebär de föreslagna sanktionsåtgärderna att Konkurrensverket kan förbjuda en myndighet att tillämpa ett avtal som ingåtts genom en otillåten direktupphandling (se s. 47, *dubbla sanktioner*, första stycket). Vidare anser DIGG att det saknas en analys av vad ett föreläggande att vidta eller avstå från en viss åtgärd kan få för konsekvenser för en pågående upphandling eller ett pågående avtal, framför allt under de situationer ett beslut ska gälla omedelbart.

Om Konkurrensverket ges dessa befogenheter kan det ses som att Konkurrensverket indirekt ges en form av talerätt att överpröva upphandlingar och ingångna avtal. DIGG vill därför peka på vad regeringen

anförde i tidigare förarbeten (prop. 2009/10:180, s. 177 ff.). Regeringen ansåg då att Konkurrensverket inte bör ges talerätt eftersom det skulle innebära ett ingrepp i avtalsförhållandet mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den vinnande leverantören. Dessa åtgärder passade enligt regeringen mindre bra för ingripande genom det allmännas försorg. Om ingen leverantör önskar föra talan avseende den aktuella upphandlingen kan det ses som principiellt tveksamt att tillsynsmyndigheten ska ingripa med följd exempelvis att ett civilrättsligt avtal ogiltigförklaras. Tanken med rättsmedelsdirektiven är att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet i allt väsentligt ska vara leverantörsdrivna. Även om det inte är direkt jämförbara situationer anser DIGG att det regeringen anförde är relevant eftersom föreläggande och förbud leder till att upphandlingar och avtal som accepterats av leverantörerna ändå kan angripas och hamna i domstol om den upphandlande myndigheten väljer att överklaga förelägget eller förbudet.

Förbud att tillämpa ett villkor eller ett avtal

Som DIGG förstår det leder förslaget om möjlighet för Konkurrensverket att fatta beslut om förbud att det inte finns någon bortre tidsgräns för när ett avtal kan ogiltigförklaras eftersom Konkurrensverket, även efter tidsfristen för att ansöka om överprövning av avtals giltighet har gått ut för leverantörerna, har möjlighet att förbjuda en myndighet att tillämpa ett avtal eller ett villkor.

I och med att otillåtna direktupphandlingar anses utgöra den allvarligaste överträdelsen av upphandlingslagstiftningen och med hänsyn till att det kan vara mycket svårt för Konkurrensverket och leverantörer att få vetskap om ett avtal som ingåtts utan annonsering är det mest troligt positivt för regelefterlevnad att tillsynsmyndigheten har möjlighet att ingripa med bland annat beslut om förbud vid överträdelser av annonseringsskyldigheten, även om tiden för att överpröva ett avtals giltighet har gått ut. Nyttan av denna möjlighet till ingripande bör emellertid också vägas mot upphandlande myndigheters och leverantörers behov av att kunna planera och genomföra sin verksamhet och därmed slippa leva i ovisshet gällande ett avtals giltighet utan någon bortre tidsgräns. I detta hänvisas till vad som anförts ovan gällande regeringens uttalande i förarbetena om att ge Konkurrensverket talerätt samt att förstärka nuvarande möjligheter att ingripa med förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket föreslår även att myndigheten vid sin tillsyn ska kunna ingripa vid överträdelser som inte rör åsidosättandet av annonseringsskyldigheten, såsom avrop som skett i strid med annonserat ramavtal (se s. 45, tredje stycket). I denna del anser DIGG att nyttan av att

kunna ingripa med beslut om förbud utan någon bortre tidsgräns inte överväger upphandlande myndigheters och leverantörers behov av stabilitet i sin verksamhet. Ett avrop genom förnyad konkurrensutsättning har skett öppet bland ramavtalsleverantörerna. Samtliga ramavtalsleverantörer har därmed också haft möjlighet att begära överprövning under avropstiden. Även vid tilldelning utan förnyad konkurrensutsättning har leverantören/leverantörerna en större möjlighet att bevaka sina intressen än vad fallet är vid en otillåten direktupphandling eftersom de står i en affärsförbindelse med myndigheten och har bättre insyn och har möjlighet till att begära överprövning. Om ingen leverantör begär överprövning under den frivilliga avtalsspärren eller inom tidsfristen för att begära överprövning av avtals giltighet anser DIGG att den upphandlande myndigheten och tilldelade leverantörens intresse av att kunna arbeta i enlighet med avtalet väger tyngre än behovet av att kunna ingripa med ett föreläggande eller förbud efter dessa tidsfrister.

*Överträdelser som inte rör åsidosättandet av
annonseringsskyldigheten*

Vad gäller de olika typfall som Konkurrensverket exemplifierar på s. 45 om överträdelser som saknar koppling till annonseringsskyldigheten är det för det första önskvärt med ett förtydligande om dessa ingripanden ska ha framåtsyftande verkan, bakåtsyftande verkan eller både och. Ska det vara upp till Konkurrensverket att i varje enskilt fall avgöra vad som är mest lämpligt?

De tre första fallen som Konkurrensverket exemplifierar i denna del (krav i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, olämpligt utformade ramavtal och avrop i strid med ramavtal) är alla sådana överträdelser som leverantörerna kan angripa via en överprövning. När tidsfristerna för de olika grunderna för överprövning har passerat är det befogat att avtalsparterna ska kunna lita på att avtalet gäller. Det är också rimligt att anse att om överprövning inte sker så har leverantörerna på marknaden accepterat villkoren eller förfarandet och inte ansett att de stridit mot upphandlingslagstiftningen. Ett eventuellt föreläggande i denna situation borde i så fall endast ha framåtsyftande verkan, dvs. att en myndighet föreläggs att vid framtida upphandlingar inte använda visst villkor.

Vad gäller möjligheten för Konkurrensverket att ingripa mot sådant brott som inte går att överpröva, såsom brott mot att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar eller brott mot dokumentationsplikten, anser DIGG att en jämförelse med förvaltningslagen (2017:900), FL, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL och arkivlagen (1990:782) bör göras. Om motiverings- och dokumentationsplikten för en myndighet enligt FL, OSL

och arkivlagen kan jämföras med kraven och syftet med samma skyldighet enligt upphandlingslagarna anser DIGG att det bör ifrågasättas om en överträdelse av dessa skyldigheter enligt upphandlingslagarna ska kunna sanktioneras mycket hårdare än motsvarande åsidosättande av skyldigheterna enligt FL och OSL vad gäller upphandlande myndigheter som omfattas av dessa lagar.

Verkställighet

Konkurrensverket föreslår att verket ska kunna få bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud ska få gälla omedelbart (s. 47, *Verkställighet*). Utifrån förslaget kan DIGG inte se behovet av omedelbar verkställighet eftersom det saknas närmare beskrivning av vilka situationer där detta kan anses vara nödvändigt.

Att Konkurrensverket ska kunna fatta ett förbud med omedelbar verkan eller ett föreläggande att vidta en åtgärd omedelbart utan domstolsprövning skulle kunna medföra orimliga konsekvenser. I avsaknad av en djupare analys om när omedelbar verkställighet kan komma att tillämpas ställer sig DIGG negativt till ett sådant förslag.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören Anna Eriksson. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Linn Kempe deltagit. Föredragande har varit juristen Petra Kanon.

Anna Eriksson

Petra Kanon