

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

SKL Kommentus ledningsgrupp har beslutat följande vid sammanträde 5 februari 2020:

Förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen dnr: Fi2019/02619/OU

SKL Kommentus AB (Kommentus) ansluter sig till Sveriges Kommuner och Regioners (SKR:s) remissvar (dnr 19/01463) över rubricerad promemoria. Avseende förslaget i avsnitt 4.2 om förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift vill dock Kommentus komplettera med följande synpunkter:

Kommentus delar Konkurrensverkets uppfattning om att den nuvarande längden på ansökningsfristen kan vara begränsande för Konkurrensverkets möjligheter att välja lämpliga principiella ärenden som kan bli föremål före ansökningar om upphandlingsskadeavgift.

Kommentus är dock bekymrade över och vill uppmärksamma regeringen på att en praxis är på väg att utvecklas, där även otillåtna direktupphandlingar vars avtal är preskriberade för ansökan om upphandlingsskadeavgift, i praktiken ändå sanktioneras med avgift genom att värdet av de preskriberade avtalen räknas med i underlaget för upphandlingsskadeavgiften.¹ Det har bland annat resulterat i att värdet av avtal som ingicks 20 månader innan ansökan, har lagts till grund för upphandlingsskadeavgift².

Denna ordning är inte rättssäker och står i konflikt med syftet med preskriptionsbestämmelsen i 21 kap. 7 § LOU, dvs att det finns en tydlig borte gräns för när ett fel eller misstag kan bli föremål för sanktion. Kommentus menar att 21 kap. 4 § LOU ska förstås som att endast värdet av otillåtna direktupphandlingar vars avtal inte har preskriberats för ansökan om upphandlingsskadeavgift, ska räknas in i beräkningen av en upphandlingsskadeavgift. Kommentus föreslår att detta förtydligas i upphandlingslagstiftningen för att öka rättssäkerheten. I samband med och först vid ett sådant förtydligande är det också rimligt att överväga att Konkurrensverket ges en förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Eva-Lotta Löwstedt Lundell
VD

Åsa Edman
Chefsjurist

Bilaga: SKRs ärende nr 19/01463

¹ Se bl.a Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5524-16, Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 7173-16 samt Förvaltningsrätten i Malmös domar i mål nr 9848 – 9851-18.

² Förvaltningsrätten i Malmö dom i mål nr 9849-18

2020-01-31

Ert dnr:
Fi2019/02619/OU

Avdelningen för juridik

Eva Sveman

Finansdepartementet
10333 STOCKHOLM

Förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

Sammanfattning

- Sveriges Kommuner och Regioner (SKR), som anser att fokus bör ligga på att förenkla upphandlingsregelverket, avstyrker förslagen om att ge Konkurrensverket ökade möjlighet till ingripande genom att meddela föreläggande och förbud.
- SKR avstyrker också förslagen om höjning av upphandlingsskadeavgiften och förlängd tidsfrist, liksom förslaget om vite.
- SKR tillstyrker förslagen om motverkande av korruption och möjlighet att avstå från att söka upphandlingsskadeavgift.

Sveriges Kommuner och Regioners synpunkter

Allmänna synpunkter

Den svenska upphandlingslagstiftningen är onödigt komplicerad, eftersom man från svensk sida har valt att detaljreglera även upphandlingar där EU:s upphandlingsdirektiv inte föreskriver detta. Från och med 2020 gäller dessutom lagstiftning om statistik på upphandlingsområdet som kommer att innebära ökade administrativa bördor för de upphandlande myndigheterna.

Tröskeln för att överpröva upphandlingar i domstol är också låg, vilket har resulterat i att Sverige ligger i topp inom EU när det gäller antalet överprövningar. Detta är kostsamt för de upphandlande myndigheterna och innebär betydande osäkerhet för bl.a. vinnande anbudsgivare eftersom denne inte vet när eller om avtalet ska träda i kraft. Dessutom är kammarrättspraxisen spretig. Till detta kommer att Konkurrensverket driver många mål om upphandlingsskadeavgift.

Det är inte bara upphandlande myndigheter som upplever att regelverket är onödigt krångligt, utan även leverantörer. Det är inte ovanligt att konkurrenskraftiga anbud inte kan prövas för att det saknas någon uppgift i en bilaga till anbudet eller att det finns någon motstridig uppgift i en parentes någonstans i anbudet. Detta kan leda till att den som är bäst på att *lämna anbud* vinner upphandlingen i stället för den som lämnat *bästa anbudet*, vilket är djupt otillfredsställande och särskilt missgynnar små företag som inte har tillgång till upphandlingsrättslig expertis som kan bistå dem. Ansvarig utgivare för Upphandlingsrättslig tidskrift skriver i ledaren i nr 3/2019 att vi har idag mer olösta frågor och en mer svårtydd upphandlingslagstiftning än tidigare, en uppfattning som SKR delar.

Mot denna bakgrund anser SKR att regeringen absolut måste prioritera förenklingar av upphandlingsregelverket i stället för att utöka upphandlingstillsynen. Både Överprövningsutredningen (SOU:2015:12) och Förenklingsutredningen (SOU 2018:44) har lämnat olika förslag på hur man kan få ner antalet överprövningar samt göra regelverket enklare. Varför det fortfarande inte finns några förslag från regeringen med anledning av dessa utredningar är enligt förbundets uppfattning svårt att förstå. Enligt SKR:s erfarenhet beror den i särklass största delen av de fel som begås på upphandlingsregelverkets komplexitet och otydlighet och inte på slarv eller uppsåt. Det är helt enkelt för svårt att göra rätt.

Ökning av tillsynsmyndighetens möjlighet till ingripande genom att meddela föreläggande och förbud

SKR avstyrker förslagen om att Konkurrensverket ska få utvidgade möjligheter till ingripande enligt de olika upphandlingslagarna och enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering genom att få befogenhet att meddela förelägganden och förbud.

Enligt SKR har inte tillräckligt underlag presenterats som motiverar att Konkurrensverket skulle få en sådan generell befogenhet att utfärda förelägganden och förbud som föreslås i promemorian. Det skulle snarast riskera att skapa än större osäkerhet hos upphandlande myndigheter – och det går knappast att förutse alla tänkbara situationer där föreläggande eller förbud skulle kunna komma ifråga. Införandet av ytterligare sanktionsmöjligheter är helt fel väg att gå. Som framförts är det förenklingar av upphandlingsregelverket som måste prioriteras, inte utökad upphandlingstillsyn.

Konkurrensverket för ett resonemang om att verket saknar ingripandemöjlighet bland annat i fall som inte gäller annonseringsskyldighet. Men i sådana fall finns möjlighet till överprövning för leverantörer. Det är onödigt och ineffektivt att Konkurrensverket ska bevaka sådana fall som inte gäller annonseringsskyldigheten, eftersom leverantörerna gör detta tillräckligt bra själva. De har dessutom kännedom om marknaden och vilka krav som är rimliga att ställa i en upphandling. Den stora bredden i vad som upphandlas gör att det är en omöjlighet för en tillsynsmyndighet att veta vilka krav som är rimliga att ställa vid upphandling av t.ex. datortomografer, tvättertjänster eller vägghyvlar. Det stora antalet överprövningar och mål om upphandlingsskadeavgift visar att det finns tillräckliga rättsmedel för att pröva frågor om påstådd felaktig tillämpning av lagarna.

SKR avstyrker också att Konkurrensverket ska ges möjlighet att besluta om att ett förbud eller föreläggande ska gälla omedelbart. Om den upphandlande myndigheten överklagar Konkurrensverkets beslut bör utgångspunkten vara att beslutet inte gäller till dess domstolen beslutar annat. Det är tillräckligt att beslutet gäller från och med det att det vinner laga kraft. Om den upphandlande myndigheten negligerar beslutet och till exempel använder ett kritiserat krav i en ny upphandling, kan ju en leverantör begära överprövning, och den upphandlande myndighetens agerande kommer då att

rättas till om det finns fog för uppfattningen att agerandet står i strid med någon av upphandlingslagarna. Det är oproportionerligt och obehövt att förbud och förelägganden ska kunna gälla omedelbart. Konkurrensverket har inte presenterat underlag som tillräckligt visar på behovet av en sådan möjlighet.

Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

SKR anser att den nuvarande regeln om att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år är fullt tillräcklig. Förslaget om en fördubbling av tidsfristen till två år avstyrks därför. I sammanhanget kan noteras att även Överprövningsutredningen liksom regeringen i prop. 2009/10:180 s. 209 gjort bedömningen att ett år är en väl avvägd tid.

Höjning av upphandlingsskadeavgiftens storlek

SKR avstyrker också förslaget om att fördubbla storleken på upphandlingsskadeavgiften till högst 20 miljoner kronor. De skäl Konkurrensverket anför för en sådan höjning av avgiften är enligt förbundets uppfattning inte tillräckliga. Det finns inget stöd för att en sådan höjning skulle leda till högre efterlevnad av reglerna.

Vite

Förbundets invändningar mot utökade ingripandebefogenheter gäller i lika hög grad förslaget om att förelägganden och förbud skulle kunna förenas med vite. SKR avstyrker därför även det förslaget.

Att införa bestämmelser om vite skulle dessutom belasta domstolarna ytterligare, eftersom både beslut om vite och frågan om utdömmande av vite kommer att kunna prövas i domstol. Beslut som förenas med vite kommer sannolikt att överklagas i högre utsträckning än tidigare, och dessutom tillkommer utdömandemålen. Behovet av att kunna förena ett beslut med vite är heller inte tillräckligt stort. Något övertygande underlag för detta föreligger inte. Enligt SKR bör domstolarnas resurser i högre grad läggas på att avgöra mål om överprövning av upphandlingar, eftersom överprövningarna ofta gör att upphandlingar försenas vilket medför stora samhällsekonomiska kostnader.

Tillsynsmyndigheten kan besluta att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift

SKR tillstyrker förslaget om att tillsynsmyndigheten får besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift, om myndigheten bedömer att det är fråga om ett ringa fall eller om det finns synnerliga skäl. Anser tillsynsmyndigheten att det inte finns skäl för att ansöka om upphandlingsskadeavgift i ett enskilt fall, är det onödigt att myndigheten åläggs att ändå göra det. Enligt SKR kan domstolarnas resurser användas bättre.

Motverkande av korruption

SKR tillstyrker förslaget att Konkurrensverket i sin tillsyn ska uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande. Sådana beteenden ska motarbetas och det är angeläget att flera myndigheter och organisationer är aktiva i denna fråga.

Sveriges Kommuner och Regioner

Anders Henriksson
2:e vice ordförande