



Handläggare

Ida Otken Eriksson
0152-290 65

Beslut enligt delegationsordning för Kommunstyrelsen

Remissvar från Strängnäs kommun – promemoria med förslag till utvecklade reglering av upphandlingstillsynen, dnr. Fi2019/02619/OU

Kommunstyrelsen beslutar att

1. lämna följande svar som Strängnäs kommuns svar på remiss från Finansdepartementet avseende promemoria med förslag till utvecklade reglering av upphandlingstillsynen, dnr. Fi2019/02619/OU.

Beslutet har fattats med stöd av punkt 1.5 i kommunstyrelsens delegationsordning.

Beskrivning av ärendet

Finansdepartementet har till Strängnäs kommun översänt inbjudan att lämna synpunkter på Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklade reglering av upphandlingstillsynen, dnr. Fi2019/02619/OU. Remissvaret ska ha kommit in till Finansdepartementet senast den 14 februari 2020.

Konkurrensverket föreslår i promemorian att verkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet ska regleras tydligare och att det ska införas utvidgade möjligheter till ingripande bl.a. i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Konkurrensverket föreslår i huvudsak följande:

- Att Konkurrensverket ska kunna meddela de förelägganden och förbud ”som behövs” för att upphandlingslagstiftningen ska följas;
- Att sådana förelägganden och förbud ska kunna förenas med vite;
- Att Konkurrensverket ska kunna ansöka om upphandlingsskadeavgift upp till två (2) år från det att aktuellt avtal slutits (i dagsläget är tidsfristen ett (1) år);
- Att upphandlingsskadeavgift ska kunna uppgå till 20 miljoner kronor (i dagsläget kan upphandlingsskadeavgift uppgå till högst 10 miljoner kronor).

Strängnäs kommuns synpunkter

Kommunens synpunkter på Konkurrensverkets promemoria kan sammanfattas enligt följande.



Punkt 4.1 i promemorian: Öka Konkurrensverkets möjlighet till ingripande

Kommunen avstyrker starkt Konkurrensverkets förslag om att verket ska kunna meddela de förelägganden och förbud "som behövs" för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Den föreslagna nya möjligheten till ingripande är helt obegränsad och därför ytterst olämplig på upphandlingsområdet där det råder en hårfin balans mellan det strikta upphandlingsregelverket och den grundläggande avtalsfriheten, och där det finns ett stort behov av rättssäkerhet kring rättigheter och skyldigheter mellan avtalsparterna.

Kommunen kan förstå att Konkurrensverket efter domen i HFD 2018 ref 17 efterfrågar möjlighet att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Men en sådan möjlighet till ingripande måste till sin natur vara förutsebar, dvs. begränsad i tid eller omfattning, t.ex. begränsad till överträdelser av en viss dignitet eller allvar.

Det framgår tydligt av Konkurrensverkets promemoria att Konkurrensverket inte själv avser begränsa sin möjlighet till ingripande t.ex. till överträdelser av större allvar. Tvärtom vill Konkurrensverket kunna utöva tillsyn över, dvs. kunna förbjuda vid vite, alla möjliga typer av överträdelser av upphandlingslagstiftningen, oavsett dessas allvar och konsekvenser. Av Konkurrensverkets egna exempel på sidorna 45-46 i promemorian kan nämnas: krav som ställts i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, olämpligt utformade ramavtal, brott mot skyldigheten att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar, brott mot dokumentationsplikten, vinklade upphandlingsdokument där en på förhand utvald leverantör valts ut som vinnare av en upphandling eller andra brott mot öppenhets- och likabehandlingsprincipen, samt tills-vidare avtal.

För de angivna exemplen gäller att vissa av de nämnda "brotten" mot upphandlingslagstiftningen är rent formella (t.ex. särskild motivering varför ett kontrakt inte tilldelas i separata delar eller avsaknad av viss annan dokumentation), vilket enligt kommunen borde kunna anses vara mindre allvarligt och i alla fall inte i sig är konkurrensnedvidande. Övriga "brott" som Konkurrensverket vill kunna förbjuda avser komplicerade ekonomiska och/eller faktiska frågeställningar som kommunen anser att leverantörer i branschen är bäst lämpade att identifiera och ta ställning till. Detta är just anledningen till att berörda leverantörer har möjlighet att överklaga upphandlingar inom den s.k. avtalsspärren, eller kan resa talan om ogiltighet inom en viss tid efter avtalets påskrift. Om även Konkurrensverket vill kunna påtala påstådda fel av denna karaktär och sanktionera dem genom förelägganden och förbud, bör detta ske inom samma frist som avtalsspärren eller fristen för ogiltighetstalan.

Det skulle få helt oöverskådbara konsekvenser om Konkurrensverket utan någon begränsning i tid skulle kunna ifrågasätta genomförda upphandlingar och ingångna avtal och komma med föreläggande och förbud avseende t.ex. ett påstått oproportionellt villkor i en upphandling, brott mot skyldigheten att



motivera att ett kontrakt inte uppdelas i separata delar eller att ett upphandlingsdokument som resulterat i ett avtal varit påstått ”vinklat”. Hur har Konkurrensverket tänkt att detta skulle fungera?

Ska upphandlande myndigheter tvingas välja mellan att antingen betala vite till Konkurrensverket eller skadestånd till berörd leverantör på grund av att avtalet inte kan fullgöras, eller ska Konkurrensverkets förbud t.ex. mot att använda ett visst krav innebära att den upphandlande myndigheten får ändra avtalet (i så fall tycks detta bli ytterligare konkurrensnedvridande)? Ska upphandlingen omgående göras om? Vad ska gälla under tiden ett eventuellt tillsynsbeslut överklagas? Konkurrensverket antyder att dess förelägganden och förbud inte ska påverka avtalens ogiltighet, utan att den upphandlande myndigheten ska påtvingas en rent finansiell sanktion som motsvarar upphandlingsskadeavgift. Att Konkurrensverket ska kunna straffa upphandlande myndigheter finansiellt för vartenda mindre åsidosättande av den väldigt snåriga och ofta mycket konkret bedömda upphandlingslagstiftningen, förefaller kommunen orimligt och rättsfrämmande. Så vitt kommunen vet, finns inget annat rättsområde där myndigheter kan åläggas sanktioner för misstag som inte fått någon faktisk effekt (vilket skulle vara fallet om Konkurrensverket t.ex. skulle få tvinga en upphandlande myndighet att göra om en upphandling därför att myndigheten missat att motivera varför kontraktet inte uppdelats i separata delar).

Kommunen ställer sig helt bakom att korruption ska bekämpas med alla till rådighet stående medel och att all offentlig upphandling ska vara så korrekt och effektiv som överhuvudtaget möjligt, med bäst möjliga konkurrensutsättning. Men korruptionsargumentation bör inte missbrukas för att ge Konkurrensverket fria händer att beivra allt som verket anser inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Upphandling är inte myndighetsutövning och det gynnar inte upphandlande myndigheters möjligheter att följa den nationella upphandlingsstrategin och skapa bra offentliga affärer, om Konkurrensverket i efterhand och i obegränsad omfattning kan ifrågasätta alla – stora som små, strategiska såväl som konkreta – vägval som myndigheten gjort.

I övrigt tycks Konkurrensverkets promemoria också rimma väldigt illa med förslagen i förenklingsutredningen vilken söker att minska antalet överprövningar, inte öka rättsosäkerheten genom ett stort antal överklaganden av tillsynsbeslut vilket Konkurrensverkets förslag utan tvekan skulle resultera i.

Punkt 4.2 i promemorian: Förlängd tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Kommunen avstyrker förslaget om att Konkurrensverket ska få ett (1) ytterligare år på sig att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Upphandlande myndigheter kan aldrig framföra som ursäkt att man inte hunnit förbereda en ny upphandling utan får arbeta under stor tidspress och prioritera sina resurser. Det samma bör gälla Konkurrensverket. Dessutom har såväl upphandlande myndigheter som



leverantörer stort behov av att veta säkert att lagligheten av ett ingått avtal inte kan ifrågasättas och att inga ytterligare ekonomiska konsekvenser kan uppstå. Att utöka tidsfristen skulle resultera i större rättsosäkerhet och försvåra ytterligare för landets upphandlande myndigheter.

Punkt 4.3 i promemorian: Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Eftersom upphandlingsskadeavgift inte får överstiga tio procent av den aktuella upphandlingens värde och då Strängnäs kommun har mycket få, om överhuvudtaget några, upphandlingar med ett värde på över 100 miljoner kronor, bör den föreslagna höjningen av konkurrensskadeavgiften inte få några större konsekvenser för Strängnäs del.

Kommunen avstyrker dock hur som helst förslaget. Kommunen anser att det är helt fel signal att höja nivån på upphandlingsskadeavgift i ett läge där största delen av landets kommuner befinner sig i en mycket ansträngd ekonomisk situation. Att en felaktig annonsering skulle kunna resultera i en upphandlingsskadeavgift på 20 miljoner kronor är svindlande ur ett kommunperspektiv och upplevs som helt oproportionellt.

Ekonomiska konsekvenser för kommunen

Beslutet medför inga ekonomiska konsekvenser för kommunen.

Övriga konsekvenser

Beslutet medför inga övriga konsekvenser.

Uppföljning

Ingen uppföljning krävs.

Beslutsunderlag

Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen, dnr. Fi2019/02619/OU

Beslutet skickas till

Kommunstyrelsen

Finansdepartementet (fi.remisvar@regeringskansliet.se) dnr. Fi2019/02619/OU

Jacob Högfeldt
Ordförande kommunstyrelsen