



Yttrande över remiss - Promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen

Sammanfattning

I en promemoria från Konkurrensverket föreslås att Konkurrensverkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet regleras tydligare och att det införs utvidgade möjligheter till ingripande i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling med flera lagar. Promemorian innehåller också ett förslag till ändring i förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket som innebär att verket i sin tillsynsverksamhet ska motverka och uppmärksamma korruption och annat förtroendeskadligt beteende.

Lund kommun har bjudits in att lämna synpunkter på remissen senast den 14 februari 2020.

Kommunkontoret har utarbetat ett förslag till yttrande. Lunds kommun bör avstyrka dels den förslagna ändringen om förlängd tidsfrist för Konkurrensverket att inkomma med ansökan om upphandlingsskadeavgift från ett år till två år, dels förslaget att verkets befogenheter att beivra överträdelser ska utökas utöver den möjlighet verket i dag har att ansöka om upphandlingsskadeavgift. I övrigt har kommunkontoret ingen erinran mot förslagen i promemorian.

Beslutsunderlag

Kommunkontorets tjänsteskrivelse den 13 januari 2020
Förslag till yttrande den 21 januari 2020
Regeringskansliets remiss den 30 oktober 2019
Konkurrensverkets promemoria den 1 juli 2019

Barnets bästa

En barnkonsekvensanalys har inte bedömts relevant i ärendet.

2020-01-13

Diarienummer

KS 2019/0792

Ärendet

Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) regleras förfaranden m.m. för upphandling som görs inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (de s.k. försörjningssektorerna). En särskild lag reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). Upphandling av koncessioner regleras i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). De fyra upphandlingslagarna innehåller även bestämmelser om rättsmedel i överensstämmelse med de så kallade rättsmedelsdirektiven.

Vid sidan om upphandlingslagstiftningen gäller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) vid införande av så kallade valfrihetssystem inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Det finns ytterligare en lag som har sin grund i lagen om valfrihetssystem, lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

Enligt gällande upphandlingslagstiftning har Konkurrensverket vid överträdelser två möjligheter till ingripande, ansökningar om upphandlingsskadeavgift och s.k. tillsynsbeslut. Konkurrensverket har möjlighet att föra talan om upphandlingsskadeavgift i domstol mot myndigheter som genomfört otillåtna direktupphandlingar. Om domstolen har bestämt att inte ogiltigförklara ett avtal trots att det ingåtts genom en otillåten direktupphandling så är Konkurrensverket skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift.

Syftet med Konkurrensverkets tillsynsbeslut är att uppmärksamma upphandlande myndigheter på att de har brutit mot upphandlingslagstiftningen. I praxis har Konkurrensverket bedömts sakna rättslig grund att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Tillsynsbesluten är alltså inte handlingsdirigerande i den enskilda situationen, utan genom besluten uppmärksammas den upphandlande myndigheten på eventuella brister som framkommit under utredningen och de har således en vägledande effekt. Tillsynsbeslut har fattats för alla typer av överträdelser mot regelverken för offentlig upphandling och omfattar framför allt ärenden där upphandlingsskadeavgift inte är aktuell, exempelvis på grund av att tiden för att ansöka om en sådan har löpt ut. I tillsynen enligt valfrihetslagarna är tillsynsbeslut Konkurrensverkets enda verktyg.

2020-01-13

Diarienummer

KS 2019/0792

Förslagen i promemorian

Konkurrensverket bedömer att nuvarande ordning medför att verket inte kan bedriva en tillräckligt effektiv tillsyn och i promemorian föreslås att verkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet regleras tydligare och att det införs utvidgade möjligheter till ingripande i ovan nämnda lagar.

Förslag: *Konkurrensverket ska få befogenhet att meddela upphandlande myndigheter och enheter de förelägganden och förbud som behövs för att upphandlingslagstiftningen ska följas. Ett beslut om föreläggande eller förbud ska få förenas med vite.*

Konkurrensverket kan för närvarande inte ingripa med sanktioner i följande typfall:

- 1) konstaterad överträdelse av upphandlingslagstiftningen som inte rör åsidosättande av annonseringsskyldigheten
- 2) konstaterad överträdelse av annonseringsskyldigheten då preskriptionsfristen för en ansökan om upphandlingsskadeavgift löpt ut.

I dessa fall är Konkurrensverkets befogenheter begränsade till att fatta tillsynsbeslut utan några ytterligare möjligheter till ingripande.

Som exempel på ingripanden som skulle kunna aktualiseras med utökade befogenheter enligt förslaget anges att ett föreläggande att vidta en åtgärd kan aktualiseras när en upphandlande myndighet eller enhet ingått ett tillsvidareavtal utan slutdatum. Under sådana omständigheter skulle ett föreläggande kunna avse att ett slutdatum ska fastställas. Ett förbuds föreläggande skulle exempelvis kunna utfärdas då en upphandlande myndighet eller enhet vid upprepade tillfällen använder sig av otillbörligt styrande kravspecifikationer som i praktiken innebär att endast en viss leverantör eller kategori av leverantörer kan komma ifråga. Ett förbud skulle även kunna aktualiseras när en upphandlande myndighet eller enhet tillämpar godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på likabehandling och transparens.

Enligt förslaget ska Konkurrensverket kunna bestämma att ett beslut om föreläggande eller förbud ska gälla omedelbart.

Konkurrensverket anför att det för ingripande krävs att möjligheten att skriva ett föreläggande eller ett förbud kan kombineras med ett vite och att vitesförelägganden och vitesförbud skulle utgöra ett

2020-01-13

Diarienummer

KS 2019/0792

verkningsfullt komplement till reglerna om upphandlingsskadeavgift.

För undvikande av dubbla sanktioner ska enligt förslaget en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte kunna avse en otillåten direktupphandling som redan är föremål för Konkurrensverkets föreläggande eller förbud vid vite. Likaså ska ett föreläggande eller förbud vid vite inte kunna utfärdas avseende en överträdelse av annonseringsskyldigheten som redan är föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Förslag: *Tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende avtal som en upphandlande myndighet har slutit utan föregående annonsering (otillåten direktupphandling), i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom tillämpliga tidsfrister, ska förlängas till två år.*

Konkurrensverket anför att även om ett år är tillräcklig tid för att införskaffa tillräcklig utredning respektive utforma och ge in ansökan om upphandlingsskadeavgift till domstol, så är det ofta inte den tid som faktiskt står till förfogande för att vidta dessa åtgärder, eftersom verket endast i undantagsfall får vetskap om upphandlande myndigheters och enheters direktupphandlingar i samband med eller kort tid efter ingåendet av det aktuella avtalet. Konkurrensverket anför att den nuvarande ansökningsfristen inverkar på vilka direktupphandlingar som verket kan utreda och att verket med en längre ansökningsfrist skulle få större möjlighet att upptäcka och utreda ärenden som är mer komplexa och omfattande och som är av principiellt intresse.

Förslag: *Högsta belopp som kan utgå i upphandlingsskadeavgift ska höjas från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor.*

Enligt Konkurrensverket innebär nuvarande ordning med en begränsning av upphandlingsskadeavgiftens storlek både i andel av kontraktsvärdet (tio procent) och i ett fast belopp (10 mkr), att upphandlingar av mer betydande värden aldrig proportionellt kan sanktioneras lika hårt som upphandlingar som uppgår till låga värden. Konkurrensverket menar att en höjning av det högsta beloppet som kan utgå i upphandlingsskadeavgift från 10 mkr till 20 mkr skulle öka effektiviteten i tillsynsarbetet, stärka rättsmedlets preventiva verkan och förstärka proportionaliteten i förhållandet mellan hur otillåtna direktupphandlingar av lägre respektive högre värden sanktioneras.

2020-01-13

Diarienummer

KS 2019/0792

Förslag: *Konkurrensverket ska kunna besluta om att avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift när avtal har fått bestå om myndigheten bedömer att det är fråga om ringa fall eller att det finns synnerliga skäl för eftergift.*

Nuvarande bestämmelse om att någon avgift inte ska beslutas i ringa fall respektive får efterges om det finns synnerliga skäl riktar sig till prövningsorganet, det vill säga allmän förvaltningsdomstol. Den nuvarande ordningen är enligt Konkurrensverkets bedömning inte tillfredsställande. Tillsynsmyndighetens skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift även vid ringa fall och i eftergiftssituationer tar resurser i anspråk hos såväl domstolarna som Konkurrensverket. Likaså drabbas upphandlande myndigheter och enheter mot vilka en sådan ansökan riktas.

Förslag: *Ett föreläggande om att en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen ska kunna förenas med vite.*

Konkurrensverket anför att verket vid upprepade tillfällen haft problem med att upphandlande myndigheter eller enheter inte efterkommit dess begäran om information, detta gäller såväl statliga som kommunala myndigheter och bolag. Konkurrensverket gör vidare gällande att det ligger i sakens natur att vissa upphandlande myndigheter och enheter saknar intresse att såväl efterkomma som överklaga osanktionerade förelägganden, särskilt om ansökningsfrist håller på att löpa ut och att möjligheten att förena förelägganden att inkomma med uppgifter med vite skulle öka effektiviteten med förelägganden i upphandlingstillsynen.

Förslag: *En ny uppgift ska anges i Konkurrensverkets instruktion med innebörd att Konkurrensverket inom ramen för sina tillsynsuppgifter ska uppmärksamma och motverka korruption och annat förtroendeskadligt agerande.*

Konkurrensverket anför att verket i många sammanhang funnit tecken på korruption eller annat förtroendeskadligt beteende i tillsynsverksamheten. Som ett led i det generella ansvaret för att motverka korruption uppmärksammar verket redan i dag misstänkt korruption samt prioriterar ärenden där det finns misstänkta korrupta inslag. I de fall Konkurrensverket ser indikationer på korruption, men det inte finns skäl att misstänka en överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna, är det dock inte verkets uppgift att utreda misstanken vidare. Under sådana omständigheter

2020-01-13

Diarienummer

KS 2019/0792

ska verket i stället bistå andra myndigheter med tips i de fall det finns misstanke om brott eller att företag i övrigt har åsidosatt annan lagstiftning. Det finns enligt Konkurrensverket goda skäl att i just dess instruktion tydliggöra att verket inom ramen för sina uppgifter ska uppmärksamma och motverka korrupktion och annat förtroendeskadligt agerande.

Kommunkontorets kommentar

Beträffande den förslagna ändringen om förlängd tidsfrist för Konkurrensverket att inkomma med ansökan om upphandlingsskadeavgift från ett år till två år, så anser kommunkontoret att en fördubblad tidsfrist skulle ge verket betydligt längre tid än nödvändigt att utreda ett ärende om upphandlingsskadeavgift. Kommunkontoret bedömer att de upphandlande myndigheternas intresse av att inte under orimligt lång tid sväva i ovisshet om en talan om upphandlingsskadeavgift kommer att väckas väger tyngre än vad som anförts som skäl för en förlängd tidsfrist.

Vad gäller förslaget att Konkurrensverket ska få befogenhet att meddela förelägganden och förbud, anser kommunkontoret inte att verkets befogenheter att beivra överträdelser ska utökas utöver den möjlighet verket i dag har att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid åsidosättande av annonseringsskyldigheten. Att Konkurrensverket med för upphandlande myndighet bindande verkan skulle kunna ingripa vid situationer då verket exempelvis anser att krav har ställts i strid med de upphandlingsrättsliga principerna eller att ramavtal har utformats på ett olämpligt sätt skulle innebära ytterligare och oproportionella sanktionsmöjligheter som, i efterhand, under avtalstiden kan åläggas en upphandlande myndighet.

I övrigt har kommunkontoret ingen erinran mot förslagen i promemorian.

Ekonomiska konsekvenser

Förslaget till beslut medför inte några ekonomiska konsekvenser.

Kommunkontorets förslag till beslut

Kommunstyrelsens arbetsutskott föreslår kommunstyrelsen besluta

att godkänna upprättat förslag till yttrande daterat 2020-01-21 samt att översända detsamma till Regeringskansliet, finansdepartementet.

2020-01-13

Diarienummer

KS 2019/0792

Christoffer Nilsson
Kommundirektör

Carin Hillåker
Bitr. kommundirektör

Beslut expedieras till:

Regeringskansliet, finansdepartementet
Kommunkontoret, administrativa enheten
Akten