

Konkurrensverkets tillsyn över upphandlingslagstiftningen

Anförande av Rikard Jermsten, generaldirektör Konkurrensverket, vid Upphandlingsforum den 7 november 2018 i Stockholm.

Det talade ordet gäller

God morgon!

Tack för möjligheten att få komma hit i dag och ge min och Konkurrensverkets syn på tillsynen av offentlig upphandling.

Jag tänker berätta kort hur vi arbetar i vårt tillsynsarbete, våra metoder och prioriteringar – bland annat om vår prioriteringspolicy. Jag ska också berätta om ett nytt sätt för oss att uttala oss i olika frågor som vi lanserar inom kort. Det handlar om ställningstaganden i olika rättsfrågor. Syftet är att ge ledning till upphandlare, leverantörer och alla andra som kommer i kontakt med upphandlingslagstiftningen i frågor där det kan råda osäkerhet och där det saknas vägledande domstolsavgöranden. Jag återkommer till det om en stund.

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen. Det innebär bland annat att vi har ett av regeringen prioriterat uppdrag att ingripa mot otillåtna direktupphandlingar. När vi upptäcker sådana ska vi vända oss till domstol med dem.

Men att gå till domstol är i sig inget självändamål, i andra fall än när det är vår skyldighet att göra det. Vi ska verka avskräckande, men vi vill i första hand att fler ska göra rätt från början. Och att det ska vara lätt att göra rätt.

I de ärenden som vi prioriterar ska vi förutom att ingripa mot lagöverträdelser även kunna ge vägledning till andra. Våra beslut, och i än större grad, domstolarnas domar, ska i förlängningen leda till att fler och fler upphandlingar genomförs enligt gällande reglering.

Vårt mål är att vi så långt som möjligt ska bidra till att våra skattemedel används så effektivt som möjligt. Det innebär att upphandlande myndigheter och enheter ska göra goda affärer. En självklar utgångspunkt i det arbetet är att följa de lagregler och den rättspraxis som finns.

Om upphandlingsreglerna följs får fler potentiella leverantörer möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. Konkurrensen blir bättre. På så sätt bidrar upphandlingsreglerna till innovation, effektivitet, högre kvalitet och hushållning med offentliga medel. Det är viktigt för att vi ska utveckla vårt samhälle.

Vårt tillsynsarbete ska vara framåtblickande och ge ledning för kommande upphandlingar. Redan gjorda misstag och övertramp ska vi lära oss av för att andra ska kunna undvika att göra om dem. Jag vill att vårt tillsynsarbete ska genomsyras av detta synsätt, och jag vill att alla som arbetar med upphandlingar ska känna att vi är en myndighet som ni har förtroende för. Och detta även om vi tar upphandlande myndigheter eller enhet till domstol för att avskräcka medvetna övertramp och skapa vägledning för andra. Vi ska i alla avseenden vara effektiva och transparenta. En tillsynsmyndighet måste vara förutsägbar, inte minst för att säkerställa rättssäkerheten.

En väl fungerande tillsynsverksamhet kräver information. Jag vill att fler ska vilja, och våga, lämna tips till Konkurrensverket. Jag är väl medveten om att det kan vara en svår situation för en person som på ett eller annat bär på kunskap om en lagöverträdelse att vända sig till en tillsynsmyndighet. Det kan bära emot att ange någonting som en arbetskamrat, chef, anhörig eller på annat sätt närstående person kan ha gjort sig skyldig till. Sedan en tid har vi därför på prov inrättat en visselblåsartjänst där det går att anonymt lämna uppgifter till oss i ärenden som rör konkurrensproblem. Via den elektroniska tjänsten kan vi också kommunicera – fortfarande anonymt – med uppgiftslämnare. Vi hoppas att detta ska få fler att våga vända sig till oss i besvärliga situationer.

Vi utvärderar nu om, och i så fall hur, denna nya visselblåsartjänst har bidragit positivt i vårt tillsynsarbete, och ska därefter avgöra på vilket sätt vi ska arbeta vidare med frågan. Vår avsikt är att utöka tjänsten så att det ska bli lättare att lämna helt anonyma tips om överträdelser även av upphandlingsreglerna.

Som jag framhållit behöver vi information för att arbeta som mest effektivt med tillsynen. Tips från omvärlden, liksom visselblåsarfunktionen är sådana exempel. Vi har också en aktiv omvärldsbevakning där vi på olika sätt kan hitta tecken på misstänkta överträdelser. Det kan handla om öppna uppgifter i media, i myndigheters diariéer eller i olika databaser.

Efter att vi utrett ärenden kan vi välja att kommunicera resultaten på flera olika sätt. Våra ansökningar om upphandlingsskadeavgift, och än mer, beslut från domstolar är i sig en viktig källa för information till alla som arbetar med

upphandling. Att medverka till att skapa prejudikat som är till vägledning för andra är en viktig uppgift för en tillsynsmyndighet, och här kan vi göra mer. Att aktivt bidra till rättsutvecklingen ska vara en viktig uppgift för oss. Vi bör till exempel underlätta för överrätterna att identifiera frågor som lämpar sig för partiella prövningstillstånd eller att identifiera frågor som är lämpliga för förhandsavgöranden från EU-domstolen. Vi inväntar som bekant inom kort det första förhandsavgörandet som inhämtats i ett svenskt upphandlingsmål.

Ett annat sätt är att analysera och sammanställa fakta kring en särskild företeelse och samla denna information i en rapport gör att vi kan ge generell och direkt ledning i olika frågor. Ett färskt exempel på detta är en ny rapport där vi vill uppmärksamma bland annat vikten av att anpassa upphandlingar så att små och medelstora företags tillträde till den offentliga marknaden underlättas. Rapporten handlar om, som vi valt att kalla det "motiveringsskyldigheten". Upphandlande myndigheter har i dag en skyldighet att ta ställning till om det går att dela upp en upphandling i flera delkontrakt, eller separata delar. Det innebär inte att myndigheterna måste dela upp kontrakt, utan det är ett sätt att uppmuntra dem att göra det.

Om en upphandlande myndighet väljer att inte dela upp en upphandling måste den i vissa fall motivera varför den valt att inte göra det. Upphandlingar ska ju kunna göras på ett sådant sätt att små och medelstora leverantörer inte missgynnas.

Av 20 granskade kommuner levde 11 inte upp till lagens krav på motivering. Många av kommunerna hade inte uppmärksammat bestämmelsen och därför inte tillämpat den. Glädjande nog, även om det fanns brister när det gäller dokumentationen, visade granskningen att kommunerna i princip genomgående gav uttryck för en vilja att underlätta små och medelstora företags tillträde till den offentliga marknaden.

Vi ser gärna att ännu fler små och medelstora företag deltar i offentliga upphandlingar. Ska det bli möjligt måste upphandlande myndigheter vara aktiva och skapa förutsättningar för att fler ska kunna vara med.

Att få tillträde till den offentliga marknaden är en högst angelägen fråga. Vi har i flera år noterat att genomsnittligt antal anbudsgivare har minskat och andelen upphandlingar med bara en anbudsgivare har ökat. Vi kan nu konstatera att den trenden håller i sig. Det ser jag som en allvarlig varningssignal. Därför finns det skäl till att söka fakta bakom statistiken. Det är viktigt att vi får en större förståelse för varför trenderna ser ut som de gör och det är min avsikt att ta initiativ till en uppdragsforskningsrapport för att se på de bakomliggande orsakerna till minskningen av antalet anbud. När vi får sådan kunskap kan vi analysera resultaten och bidra till ett arbete som leder till att vi kan få fler att lägga anbud framöver.

Statistik kan visa på trender och förändringar i tiden, och när vi ser tecken på försämringar eller problem, kan vi ta initiativ till kartläggningar och analyser för att motverka problem. Det samarbete Konkurrensverket har med Upphandlingsmyndigheten om att ta fram årlig statistik har varit mycket värdefullt för att redovisa fakta om upphandling. Jag ser fram emot resultatet av det lagstiftningsarbete om statistikregleringen som nu pågår i Regeringskansliet.

I vårt tillsynsarbete har vi förmånen att i stor utsträckning kunna välja vilka ärenden vi prioriterar. Många ärenden tar vi inte upp till utredning. Att jaga överträdelser ska inte vara ett självändamål och vi måste använda våra resurser på bästa tänkbara sätt. Vi fokuserar på ärenden som kan vara av intresse för många leverantörer eller upphandlande myndigheter. Syftet med tillsynen är ju att främja en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och för marknadens aktörer.

Vi arbetar med dels händelsestyrd tillsyn, dels planerad sådan. Den händelsestyrda upphandlingstillsynen styrs av "inkorgen". Det handlar om till exempel tips, om misstänkta överträdelser som vi identifierar via vår omvärldsbevakning och ibland om vissa domar. Några av de faktorer vi väger in när vi prioriterar att utreda ett ärende är vikten av allmänprevention och behovet av vägledning och prejudikat. Vi ser också till allmänintresset i det enskilda fallet, till exempel om det handlar om mycket stora värden, eller om det är upprepade överträdelser av reglerna. Om just Konkurrensverket är bästa myndighet att agera vägs också in.

Den planerade tillsynen baseras på en systematisk årlig analys som kan peka oss i rätt riktning om var vi bör lägga våra resurser. Den kan leda till att granska en särskild rättsfråga, en viss bransch, en viss CPV-kod eller något annat område där det är relevant att få klargörande från domstol. Detta systematiska arbetssätt kommer vi att fortsätta att utveckla framöver. Där vi ser tecken på genomgående eller återkommande lagöverträdelser kommer vi att sätta in extra utredningsinsatser.

En nyhet i prioriteringspolicyn är att vi lagt in en särskild prioriteringsgrund för ärenden där det kan ha förekommit förtroendeskadligt beteende som till exempel olika former av korruption. Det kan gälla brottsligt agerande som mutor men också andra beteenden som kan rubba förtroendet och som är skadligt för såväl konkurrenter som konsumenter. Mutor och jäv kan vara en orsak till att upphandlingsreglerna inte följs och de kan också bidra till att förvärra skadan. Därför kommer vi i fortsättningen att prioritera ärenden där vi ser tecken på korruption i någon form.

När vi ser misstankar om brott tar vi kontakt med polisen eller andra behöriga rättsvårdande instanser och sätter dem på spåret. Ni har kanske sett ärenden i pressen om upphandlingsskadeavgift när vi tog företag till domstol för en

otillåten direktupphandling och fick det fällt. Men fortfarande pågår en förundersökning om misstankar om brottslighet mot flera personer med anknytning till det aktuella kommunala företaget. Vi kommer sannolikt att se fler sådana exempel framöver.

Under november månad räknar jag med att kunna presentera en ny rapport som vi tagit fram inom myndigheten och som handlar om korruption som begränsar konkurrensen. Detta är ett angeläget ämne. Korruption i olika former kan användas för att störa konkurrensen och upphandlingar. Korruption handlar inte enbart om kontanter, bjudresor och lyxmiddagar. Vänskapskorruption, "svågerpolitik" och olika former av jävssituationer kan också påverka upphandlingar och konkurrensen. Rapporten är ett bidrag i ett brett arbete för att förebygga och motverka korruption. Ytterst är det annars konsumenterna och skattebetalarna som drabbas.

Jag nämnde tidigare att vi har flera olika instrument för få fler upphandlingar att genomföras enligt reglerna framöver. Att skapa klarhet på områden där det råder oklarhet är en viktig del i detta arbete. Detta sker normalt genom domstolsprövning och prejudikatbildning.

Ett aktuellt ärende som vi gärna vill driva vidare är om domstolstrots ska vara en försvårande omständighet när domstolar bedömer storleken på upphandlingsskadeavgift. Min uppfattning är att det borde vara det, på samma sätt som upprepade överträdelser ses som försvårande.

För några veckor sedan fattade Kammarrätten i Jönköping beslut om att inte meddela prövningstillstånd i målet mot ett kommunalt bolag. Konkurrensverket överklagade förvaltningsrättens tidigare dom som innebar delvis bifall till vårt yrkande om upphandlingsskadeavgift. Vi ville ha en högre avgift utdömd, men förvaltningsrätten menade att överträdelsen visserligen var av ett allvarligt slag, men inte av den allra allvarligaste karaktären, trots att det kommunala bolaget gjort sig skyldig till domstolstrots. Vi kommer att överklaga Kammarrättens beslut och hoppas att vi kan få till stånd en prejudicerande dom som visar att domstolstrots innebär att det är fråga om en mycket allvarlig överträdelse och att hela spannet i regleringen om avgiftens beräkning ska vara möjligt att använda i sådana fall.

Men det finns även andra vägar att gå, utöver att medverka till att skapa prejudikat i domstol. Inom kort presenterar vi en ny form av vägledning, ställningstaganden, för första gången. Vår avsikt med dessa är att hjälpa upphandlare, leverantörer och alla andra som kommer i kontakt med upphandlingslagstiftningen i vissa frågor där rättsläget inte är helt klart, eller där det har uppstått diskussion om tolkningarna. I dokumenten presenterar vi rättsläget och redovisar vi hur vi ser på vissa frågeställningar.

Det första ställningstagandet behandlar frågan om när statliga upphandlande myndigheter till exempel köper varor eller tjänster av andra statliga myndigheter. Det är en fråga som vi uppmärksammat att många tycker är oklar. Vi tar nu ställning från Konkurrensverket och menar att två statliga myndigheter, som båda ingår i samma rättssubjekt (staten), inte ingår kontrakt med varandra i den mening som avses i upphandlingslagstiftningen. Sådana överenskommelser omfattas därför inte av upphandlingslagstiftningen och behöver alltså inte annonseras. En konsekvens av detta bör vara att överenskommelser mellan sådana myndigheter heller inte kan ogiltigförklaras av en domstol eller föranleda upphandlingsskadeavgift.

Detta är det första ställningstagandet som vi presenterar. Avsikten är det ska komma fler liknande dokument framöver som tar upp olika frågor där rättsläget har uppfattats som oklart. Dokumenten kommer att finnas tillgängliga på vår webbplats. Men det är också viktigt att framhålla att detta inte är frågan om dokument som är statiska och huggna i sten för all framtid. Vi kommer självklart att följa rättsutvecklingen och domstolarnas arbete i Sverige och internationellt, och om det behövs så kommer vi att justera och uppdatera i dokumenten. De är helt enkelt vår bedömning av nuläget som vi kommer att presentera.

Jag hoppas att vi därigenom kan bidra till att skingra eventuella dimmor och vara till hjälp för såväl leverantörer och upphandlare som alla andra som kommer i kontakt med upphandlingslagstiftningen.

Upphandlingsreglerna förändras och utvecklas ständigt. Nyligen presenterade den så kallade Förenklingsutredning sitt betänkande i vilket en rad förslag till nya upphandlingsregler fördes fram. Det är ett omfattande arbete som utredningen har presenterat. Utredningen föreslår bland annat en uttrycklig summa som gräns för direktupphandlingar men också regler rörande möjligheten att direktupphandla, eller göra så kallade täckningsköp, under en viss tid om en upphandling överprövas. En ny avgift för överprövningar av upphandlingar föreslås också liksom förslag om rättegångskostnadsansvar ibland annat överprövningsmål.

Vi håller nu på att analysera förslagen och jag ska inte föregripa vad Konkurrensverket kommer att uttala i remissvaret i februari, men jag vill redan nu framhålla att jag tycker att utredningen har gjort ett mycket gediget och bra arbete som, med beaktande av kommande remissynpunkter, kan ligga till grund för en utvecklad upphandlingsreglering.

Så här vill jag sammanfatta mitt budskap här i dag:

Jag vill utveckla arbetet med att utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen. Vi ska fortsätta att ta överträdelser till domstol i enlighet med regeringens instruktion och vår prioriteringspolicy. Detta handlar främst om ärenden där vi

kräver att upphandlande myndigheter ska dömas att betala upphandlingsskadeavgift. Vi gör det för att avskräcka från medvetna överträdelser men också för att få klarhet och skapa prejudikat, och därmed visa för andra hur de får agera.

På områden där vi inte genom processer kan bidra till vägledande prejudikat i domstol kommer vi att fortsätta göra ställningstaganden för att visa hur vi som tillsynsmyndighet ser på olika oklara rättsfrågor.

När vi ser brister eller problem i regleringen så kommer vi att påtala detta för lagstiftaren.

Jag vill att Konkurrensverket ska arbeta mer proaktivt. Den bästa tillsynen är den som inte behöver göras. Det proaktiva arbetet innebär också att vi fortsätter arbetet med att identifiera problem som upphandlare och leverantörer kan ställas inför. Genom att ta fram rapporter, analyser och initiera uppdragsforskning vill vi bidra till att ny kunskap kommer fram. Denna kunskap leder i sin tur till en effektiv offentlig upphandling.

Tack för ordet!