

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Departementspromemorian En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5)

Fi2022/00967

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och har även i uppdrag att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. Konkurrensverket har, utifrån de aspekter som följer av verkets verksamhetsområde, följande synpunkter på den remitterade promemorian.

Sammanfattning

Konkurrensverket välkomnar de möjligheter till en effektivare upphandlingstillsyn som ett genomförande av promemorians förslag leder till. Reglering enligt förslagen möjliggör för verket att ingripa mot fler typer av överträdelser av regelverket och på ett mer kraftfullt och effektivt sätt.

- Konkurrensverket tillstyrker förslaget om en ändrad beslutsordning för upphandlingsskadeavgift. Som framhålls i promemorian finns det klara effektivitetsvinster med den föreslagna ordningen.
- Konkurrensverket tillstyrker även införandet av en tidsfrist för fullgörandet av dokumentationsskyldigheten och individuella rapporter. Enligt verkets mening bör det dock av bestämmelsen framgå att dokumentation ska föras löpande under upphandlingen men fullgöras senast inom 30 dagar.
- Konkurrensverket tillstyrker utvidgningen av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift eftersom ett antal överträdelser som bland annat påverkar insynen och förutsägbarheten i den offentliga upphandlingen därmed kommer kunna beivras på ett mer effektivt sätt.
- Konkurrensverket tillstyrker förslaget om föreläggande om att en upphandlande myndighet ska besluta om riktlinjer för direktupphandling och att sådana förelägganden ska kunna förenas med vite.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Ringvägen 100
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se



- Konkurrensverket bedömer att det kan komma att visa sig att det finns ett behov av att komplettera regleringen med en närmare reglering av vad såväl riktlinjer som dokumentation ska innehålla.
- Konkurrensverket tillstyrker förslaget om en vidare personkrets för utredningsförelägganden men förordar en annan författningsformulering avseende leverantörer. Likaså tillstyrks förslaget att förelägganden kan gälla omedelbart och förenas med vite, vilket skapar förutsättningar för en mer effektiv informationsinhämtning.
- Konkurrensverket tillstyrker förslagen om höjt tak för upphandlingsskadeavgifter då det möjliggör en proportionerlig sanktionering av överträdelser där värdet på den aktuella upphandlingen uppgår till höga belopp.
- Konkurrensverket tillstyrker förslaget om en förlängd tidsfrist för att besluta om upphandlingsskadeavgift eftersom det leder till att tillsynen kan få större genomslag.
- Konkurrensverket tillstyrker förslaget om ett samlat tillsyns- och sanktionskapitel i upphandlingslagarna eftersom det gör regleringen mer överskådlig.

Konkurrensverket konstaterar dock att det även med utökade befogenheter alltså kan finnas ett behov av att kunna meddela förelägganden om att lagen ska följas i fler avseenden än de som föreslås i promemorian (dvs. avseende riktlinjer). Detta gäller till exempel i vissa situationer vid överträdelser av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna som inte täcks av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift. Förslagen i den remitterade promemorian kan dock enligt verkets mening genomföras oaktat denna fråga om förelägganden.

Övergripande

Den offentliga upphandlingen i Sverige är omfattande och sträcker sig över många samhällsviktiga områden. I egenskap av tillsynsmyndighet har Konkurrensverket ett ansvar att bidra till att upphandlingslagarna följs. Konkurrensverket anser att ett genomförande av förslagen skulle innebära klart bättre förutsättningar att utöva en effektiv tillsyn, till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. Bland annat innebär det utökade området för upphandlingsskadeavgift större möjligheter att beivra överträdelser som exempelvis påverkar transparensen i den offentliga upphandlingen. En längre preskriptionstid för att besluta om upphandlingsskadeavgift innebär bland annat att Konkurrensverket kommer att kunna prioritera att utreda mer omfattande ärenden. Vad gäller förslaget om ändrad beslutsordning ser Konkurrensverket även effektivitetsvinster i form av att domstolsprocesser kan undvikas i de fall verkets beslut inte överklagas.

Ändrad beslutsordning för beslut om upphandlingsskadeavgift (4.1)

Konkurrensverket välkomnar de effektivitetsvinster som ett genomförande av de i promemorian föreslagna lagändringarna innebär och tillstyrker förslaget om ändrad beslutsordning för upphandlingsskadeavgifter.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift infördes i Sverige den 15 juli 2010. Sedan dess har det tillkommit en omfattande rättspraxis som har bidragit till att skapa klarhet i många frågor inom rättsområdet. I den remitterade promemorian redovisas statistik avseende domstolsprövningar som Konkurrensverket initierat bland annat avseende bifallsfrekvens. Statistiken för 2020 är på motsvarande nivå som uppgifterna för tidigare år i den remitterade promemorian. Under 2021 meddelade domstolarna dom i 31 ärenden om upphandlingsskadeavgift. I 29 av dem bifölls Konkurrensverkets talan i sin helhet, i två ärenden sattes avgiften ned. Inte i något fall avlogs Konkurrensverkets talan i sin helhet. Detta visar att de omständigheter som redovisas i promemorian i detta avseende alltjämt föreligger.

De effektivitetsvinster som följer av den föreslagna ändringen av beslutsordningen uppkommer inte enbart hos Konkurrensverket utan även inom domstolarna. Även tillsynsobjekten kommer att kunna undvika domstolsprocesser i de fall de accepterar Konkurrensverkets beslut.

Utifrån Konkurrensverkets erfarenheter kan det antas att alla beslut om upphandlingsskadeavgift inte kommer att överklagas och därmed, till skillnad från nu, inte kommer att prövas av förvaltningsrätterna. Ett exempel är de ärenden där upphandlande myndigheter helt medger Konkurrensverkets bedömning och ansökan om upphandlingsskadeavgift. Ett annat exempel är ärenden om obligatorisk upphandlingsskadeavgift där Konkurrensverket i dag är skyldigt att lämna in en ansökan även om det handlar om ett ringa fall.

En erfarenhet från konkurrenstillsynen är att Konkurrensverkets beslutanderätt kan ha en positiv inverkan på tillsynsobjektens incitament att samarbeta med verket under utredningen. Om så blir fallet även i ärenden om upphandlingsskadeavgift kan handläggningsprocessen effektiviseras genom att fler frågor och förhållanden framkommer tidigare i processen och inte först efter att ansökan om upphandlingsskadeavgift har lämnats till domstolen.

Erfarenheter från konkurrensrätten visar också att överklaganden av beslut inte alltid omfattar hela utan delar av beslutet. Därmed kan efterföljande domstolsprocesser effektiviseras genom att omfatta de frågor som är omtvistade och inte de frågor där parterna är överens.

Tidsfrist för dokumentationsskyldigheten (4.2)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att dokumentationsskyldigheten förenas med en tidsfrist för när den senast ska vara fullgjord men föreslår en



ändring av utformningen av författningsförslaget för att tydliggöra att dokumentationen ska ske löpande under upphandlingen.

Att upphandlingar dokumenteras på ett tydligt sätt är mycket viktigt ur flera perspektiv. Utöver att bristande dokumentation av upphandlingar medför en ökad risk för oegentligheter och försvårar uppföljning av inköp, kan bristande dokumentation av anskaffningar också försämra leverantörers förutsättningar att tillvarata möjligheten att ansöka om överprövning av upphandlingar respektive avtals giltighet. Bristande dokumentation kan också försvåra tillsynsmyndighetens möjligheter att granska upphandlingar.

I promemorian noteras i allmänmotiveringen att utgångspunkten bör vara att dokumentationsskyldigheten bör gälla löpande. Det återspeglas dock inte i författningsförslaget. Ett sätt att säkra att dokumentationsskyldigheten så långt som möjligt bidrar till förutsättningarna för en fungerande rättsprövning i form av överprövning är att i författningen ange att dokumentationen ska ske löpande men även ha en bortre gräns efter tilldelningen när den ska vara fullgjord (se nedan under Författningsförslag).

Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift (4.3)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att utvidga tillämpningsområdet så att upphandlingsskadeavgift även kan beslutas när den upphandlande myndigheten inte har uppfyllt sina skyldigheter avseende efterannonsering, publicering i en registrerad annonsdatabas, dokumentationsskyldigheten, individuella rapporter och protokoll samt motiveringsskyldigheten.

Den leverantörsdrivna processen i form av överprövningar är ett sätt att beivra vissa typer av överträdelser av upphandlingsregelverket. Leverantörer kan dock inte förväntas driva processer avseende vissa typer av frekventa överträdelser och har inte heller alltid rättslig möjlighet att göra det. Med den föreslagna utvidgningen av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift kommer ett antal överträdelser som påverkar insynen och förutsägbarheten i den offentliga upphandlingen kunna beivras på ett mer effektivt sätt genom Konkurrensverkets tillsyn.

Efterannonsering

Som uppmärksammas i promemorian har följsamheten till reglerna om efterannonsering i Sverige varit låg. Den bristande följsamheten har även noterats och kritiserats på EU-nivå.

Som nämns i promemorian medför en bristande efterannonsering att statistiken om offentlig upphandling blir bristfällig. Därmed blir transparensen och kunskapen om offentliga upphandlingar på en aggregerad nivå bristfällig. Men bristande efterannonsering medför dessutom även ett antal andra allvarliga problem. Bristande efterannonsering minskar transparensen i de enskilda

offentliga inköpen vilket skapar utrymme för bland annat korrupktion och jäv. Dessutom försvåras möjligheterna att granska genomförda upphandlingar.

Den nuvarande bristande efterannonseringen indikerar att synen på efterannonsering bland upphandlande myndigheter inte avspeglar den vikt efterannonsering har för bland annat följsamheten av övriga upphandlingsregler samt för transparens och antikorrupktion. Konkurrensverket välkomnar därför förslaget att utvidga upphandlingsskadeavgiften till att även omfatta bristande efterannonsering, eftersom tillsynens preventiva effekt kan förutsättas leda till en högre andel efterannonseringar.

Dokumentationsskyldigheten

Dokumentationsskyldigheten är en viktig förutsättning för att kunna följa upp efterlevnaden av upphandlingsreglerna. Dokumentationen är viktig för såväl det leverantörsdrivna överprövningsförfarandet som tillsynsmyndighetens verksamhet och även intern granskning och kontroll hos tillsynsobjekten. Det är otillfredsställande med en ordning där bristande dokumentation kan försvåra möjligheterna att ingripa mot andra överträdelser av upphandlingsreglerna.

Dokumentationsskyldigheten är dessutom, precis som efterannonseringen, ett viktigt instrument för transparens i de offentliga upphandlingarna och minskar därmed utrymmet för bland annat korrupktion. Därmed är det viktigt med sanktionsmedel mot bristande följsamhet till dokumentationsskyldigheten.

Förslaget om att utvidga tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift till att även avse överträdelser av reglerna om dokumentation är därmed välkommet, dels ur perspektivet att det kan antas bidra till en bättre insyn i den offentliga upphandlingen, dels ur perspektivet att det kan antas möjliggöra effektivare prövning och tillsyn av andra överträdelser av upphandlingslagarna.

Taket på upphandlingsskadeavgiften (4.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om en höjning av taket på upphandlingsskadeavgiften. Det finns en etablerad praxis för att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek. Enligt denna praxis sätts avgiften bland annat i relation till upphandlingens värde. Konkurrensverket anser att det är otillfredsställande att kontrakt med höga värden som tilldelats genom en otillåten direktupphandling sanktionerats oproportionerligt lågt jämfört med otillåtna direktupphandlingar av mindre värde.

Konkurrensverket välkomnar därför förslaget om en höjning av taket eftersom det möjliggör en mer proportionerlig sanktion, särskilt för otillåtna direkttilldelningar av kontrakt med höga värden.

Tidsfristen för beslut om upphandlingsskadeavgift (4.5)

Konkurrensverket tillstyrker promemorians förslag om en förlängd tidsfrist för beslut om upphandlingsskadeavgift.

Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och eftersom dessa kontrakt sluts utan annonsering eller annat offentliggörande är avtalen till sin natur svåra att upptäcka och få kännedom om. Som framgår av promemorian är det endast i undantagsfall som Konkurrensverket får vetskap om upphandlande myndigheters direktupphandlingar redan i samband med, eller i nära anslutning till, ingåendet av det aktuella avtalet. En förlängd tidsfrist skulle innebära att Konkurrensverket får bättre förutsättningar att upptäcka överträdelser innan tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift löpt ut och möjliggöra för Konkurrensverket att prioritera bland ett större urval potentiella överträdelser.

Vidare noteras att en förlängd tidsfrist medför utökade möjligheter att utreda ärenden som är mer komplexa och omfattande till sin karaktär. Det kan i sin tur antas medföra att tillsynen får större genomslag och att effektiviteten i den offentliga upphandlingen ökar.

Förelägganden (4.6)

Konkurrensverket välkomnar förslagen i promemorian om föreläggandemöjlighet avseende riktlinjer och utredningsförelägganden. Konkurrensverket tillstyrker dem i stort men föreslår dock en mindre ändring av formuleringen av författningsförslaget avseende den vidare personkretsen för utredningsförelägganden (se Författningsförslag).

Förelägganden rörande riktlinjer (4.6.1)

Konkurrensverket är positivt till och tillstyrker förslaget att det bör införas en möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att besluta om riktlinjer för direkttilldelning samt att dessa förelägganden ska kunna förenas med vite.

Konkurrensverket instämmer i promemorians bedömning av vikten att kunna ingripa mot underlåtenhet att besluta om riktlinjer. Konkurrensverket instämmer också i bedömningen att förelägganden, som kan förenas med vite, är ett bättre sanktionsmedel än upphandlingsskadeavgift för att ingripa mot underlåtenhet att följa denna skyldighet.

Konkurrensverket är också positivt till att den remitterade promemorian även inkluderar de riktlinjer som föreslås i lagrådsremissen *En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling*.

Som utgångspunkt bör upphandlande myndigheter ta tillvara skyldigheten att besluta om riktlinjer genom att ge dem med ett innehåll som gör dem till ett viktigt verktyg för att på ett korrekt och strategiskt sätt förbättra den offentliga

upphandlingen. Dessutom har riktlinjerna förutsättningar att öka transparensen och förutsägbarheten i den upphandlande myndighetens användande och genomförande av direkttilldelningar. Regelverket som nu föreslås har dock begränsningar i det avseendet.

I den remitterade promemorian omnämns Statskontorets regeringsuppdrag att utvärdera effekterna av förändrade regler för direktupphandling.¹ Enligt Konkurrensverkets mening finns i Statskontorets rapport² ett flertal skäl som talar för vikten av en tydligare kravställning för vad riktlinjerna ska innehålla.

Konkurrensverket anser att det nu remitterade förslaget är ett steg i rätt riktning och kan genomföras så som det föreslås i promemorian. Konkurrensverket konstaterar dock att det, av de skäl som Statskontoret framför, framöver kan komma att finnas ett behov att komplettera bestämmelsen med en närmare reglering om vad riktlinjerna för direktupphandling ska innehålla.

Utredningsförelägganden (4.6.2–4.6.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att personkretsen för utredningsförelägganden utökas men föreslår en mindre ändring av formuleringen i författningsförslaget. Konkurrensverket tillstyrker även förslagen om att utredningsförelägganden både kan gälla omedelbart och förenas med vite eftersom det skapar förutsättningar för en mer effektiv informationsinhämtning.

En grundläggande förutsättning för en effektiv och rättssäker tillsyn är att tillsynsmyndigheten får tillgång till relevant information och underlag. Konkurrensverket har inom ramen för utredningar av upphandlingstillsynsärenden uppmärksammat att det ibland finns behov av att ta del av information och underlag som tillsynsobjektet inte har tillgång till och således inte kan tillhandahålla. Möjligheten att rikta utredningsföreläggande mot leverantörer utgör mot bakgrund av det ett viktigt komplement till möjligheten att rikta utredningsföreläggande mot tillsynsobjektet.

Med leverantör avses i LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Det kan antas att det i många fall kommer vara förhållandevis okomplicerat att bedöma huruvida en aktör utgör en leverantör i den bemärkelse som avses i LOU och således kan bli föremål för ett utredningsföreläggande inom ramen för en utredning. Som noteras i promemorian kan emellertid möjligheten att inhämta information från annan än tillsynsobjektet bland annat antas komma att bli betydelsefull inom ramen för utredning av ärenden där tillsynsobjektet påstår att det med hänsyn till tekniska skäl endast finns en leverantör som kan utföra ett visst uppdrag eller tillhandahålla en viss vara. I utredningar av dessa frågor kan det finnas ett behov av att ställa frågor till aktörer som *kan antas vara leverantörer*, i syfte att fastställa huruvida denna är

¹ Regeringsbeslut 2021-06-10, Dnr Fi2021/02328.

² Statskontoret, rapport 2022:6, *Offentlig upphandling – En utvärdering av 2014 års regeländringar*.

leverantör i den mening som avses i LOU och bakomliggande direktiv. Sett till denna aspekt föreslår Konkurrensverket att lagtexten i stället för att hänvisa till leverantör hänvisar till *den som kan antas vara leverantör* (se Författningsförslag).

Förelägganden att lagen ska följas (4.7)

Konkurrensverket bedömer att det även med de utökade befogenheter för Konkurrensverket som föreslås i promemorian kan finnas ett behov av att kunna meddela förelägganden om att lagen ska följas. Det gäller till exempel i vissa situationer vid överträdelser av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna som inte omfattas av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift.

Författningsförslag

Konkurrensverket noterar att det behöver göras en följdändring i 15 kap. 11 § LUK.

När författningsförslag i LOU kommenteras nedan avses även motsvarande förslag i de övriga upphandlingslagarna.

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (1.1)

12 kap. 14 § andra stycket, 19 kap. 22 § tredje stycket, och 19 a kap. 11 §.

Promemorians förslag	Konkurrensverkets förslag
Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.	<i>Dokumentationen ska ske löpande.</i> Skyldigheten att dokumentera ska fullgöras senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.

Förklaring se avsnittet Tidsfrist för dokumentationsskyldigheten (kap. 4.2).

21 kap. 2 §

Promemorians förslag	Konkurrensverkets förslag
Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande myndighet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller <i>en</i> leverantör. Om det behövs på grund av brådskas, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.	Tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten från en upphandlande myndighet, den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller <i>den som kan antas vara en</i> leverantör. Om det behövs på grund av brådskas, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten..

Förklaring se avsnittet Utredningsförelägganden (4.6.2–4.6.4).

Övrigt

Konkurrensverket tillstyrker den nya kapitelindelningen i upphandlingslagarna. Att slå samman kapitlen om upphandlingsskadeavgift och tillsyn gör regleringen mer överskådlig och bedöms ändamålsenligt bland annat med anledning av en ändrad beslutsordning.

Konkurrensverket har inga invändningar avseende promemorians konsekvensbeskrivning för tillsynsmyndigheten.

I yttrandet görs genomgående hänvisningar till LOU och direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling. Om inte något särskilt anges avses även motsvarande bestämmelser i de övriga upphandlingslagarna och direktiven. Vidare används genomgående begreppet upphandlande myndigheter. Om inget annat anges avses även upphandlande enheter.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit rådet Karin Morild.

Yttrandet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Karin Morild