

Vad är på gång på Konkurrensverket och prioriteringar för 2020

Anförande av Konkurrensverkets generaldirektör Rikard Jermsten vid Upphandlingsforum i Stockholm den 11 november 2019.

Det talade ordet gäller

Konkurrensverkets tillsyn syftar till att fler ska följa reglerna. Vår främsta målsättning när vi prioriterar vilka upphandlingsärenden vi bör driva är därmed inte att i första hand uppnå fler fällande domar i domstol utan att se till att reglerna får genomslag. Om vi kan nå större framgång att rätta till felaktigheter på ett mer effektivt sätt väljer vi därför gärna andra vägar. Sådan vägledande tillsyn kan omfatta bland annat rapporter, föreläsningar, seminarier, artiklar i media eller ställningstaganden. Enkelt uttryckt handlar det om kommunikation som är inriktad på noggrant utvalda områden där vi har sett tecken på konkurrens- eller upphandlingsproblem. Träffsäker kommunikation från oss kan bidra till såväl att överträdelser upphör som att förebygga att nya överträdelser sker. Kommunikationen utgör därmed en viktig del av en effektiv tillsyn.

Vi som tillsynsmyndighet har dock även ett ansvar att bidra till rättsutvecklingen. Dessutom är det inte alla överträdelser som går, eller är lämpliga, att lösa med en mer vägledande tillsyn. En otillåten direktupphandling till ett högt belopp är ett exempel på fall som ska sanktioneras. Avskräckning är viktigt. Ofta får vi dessutom fram vägledning för andra genom våra domstolsärenden. Val av tillsynsmetod är således en sammanvägning av flera olika faktorer där vi lägger stor vikt vid effektiviteten.

När vi väljer vilka misstänkta överträdelser som vi vill utreda närmare gör vi det utifrån en prioriteringspolicy, som bland annat pekar på ärendenas allmänpreventiva effekt och möjlighet till vägledning som viktiga prioriteringsgrunder.

Det är viktigt att betona att prioriteringspolicyn inte enbart tjänar till att sälla bland tips och klagomål som kommer in till oss. Policyn syftar också till att välja ut de mest allvarliga indikationerna bland de tecken vi själva ser på marknaden.

Vi har också en omfattande och effektiv mediabevakning. Vi anser att tillsynen inte bör vara beroende av det som kommer in till oss. Vi kan alltså hitta överträdelser på andra sätt än genom tips. I en effektiv tillsyn måste prioriteringen av ett tips eller klagomål alltid vägas mot indikationer som vi har fått på andra sätt. En offentlig aktör som på grund av exempelvis mutor eller jäv väljer att frångå annonsering av stora inköp ska aldrig kunna luta sig tillbaka och känna sig trygg bara för att den är övertygad om att ingen skulle våga tipsa Konkurrensverket. Tips är naturligtvis viktiga för oss. Men jag kan garantera att vi har flera verktyg för att hitta överträdelser även utan tipsares hjälp.

Varje ärende är unikt och prioriteringen är så komplex att det vore omöjligt att utarbeta en policy som ger detaljerad vägledning i varje enskilt ärende. Policyn hjälper både oss själva och dem som funderar på att kontakta oss, men snarare i formen av en fyr eller vägvisare än en detaljerad karta över samtliga stigar i terrängen.

Min uppfattning är att upphandlingstillsynen ofta är väl lämpad för en vägledande tillsyn. Även en sådan tillsyn behöver dock luta sig mot tillsynsutredningar av hög kvalitet som kan leda till domstolsbeslut och utvecklad rättspraxis som pekar ut riktningen i svåra frågor, eller ett tillsynsbeslut från vår sida.

Den stora mängden tips vi får på upphandlingsområdet, ungefär 300 om året, gör det viktigt att vi är skickliga på att välja ut rätt ärenden. Våra erfarenheter av vårt anonyma visselblåsarsystem, som inrättades förra året, är mycket goda. Vi får många tips med god kvalitet via systemet.

Vi strävar efter att alltid använda våra resurser på ett sätt som bidrar till en effektiv offentlig upphandling. Prioriteringen bygger bland annat på en omfattande omvärldsanalys där vi väger in den samlade tipsskörden, ärenden i domstol, revisionsrapporter och skrivelser i media. Det vi försöker avgöra är bland annat om en viss fråga är ett vanligt förekommande problem, så att vår tillsyn kan få en reell effekt och genomslag.

Vi väljer gärna sådana ärenden som leder till att den myndighet som vi utövar tillsyn mot ändrar beteendet som har lett till lagöverträdelsen, eller har en förebyggande effekt på något annat sätt. Vi är särskilt intresserade av att driva ärenden som rör framväxande upphandlingsmodeller som till exempel mellanhänder. Genom att prioritera en misstänkt överträdelse kan vi belysa en större fråga.

Vi har tidigare använt oss av en mer vägledande tillsyn och publicerat en rapport om just mellanhänder. Nu kan vi bygga vidare på den informationen genom att prioritera tillsynsutredningar som vi hoppas kan skapa ännu mer tydlighet kring den större frågan om mellanhänder. Kanske kommer vi även göra en uppföljning

av rapporten, nu när vi har information om några fler praktiska tillämpningar av mellanhandsmodeller.

En utredning rörande Alingsås kommuns direkttilldelning till Bräcke diakoni är ytterligare ett exempel på ett ärende där vi hoppas få fram vägledning. Där vill vi belysa den större frågan kring idéburet offentligt partnerskap (IOP). Vi har sett att kontrakt benämnda IOP blir vanligare och då är det viktigt att slå fast att LOU gäller oavsett vad man kallar ett avtal, om det innebär att man köper en tjänst som är ett offentligt kontrakt i LOU:s mening.

Ärenden som rör både upphandling och konkurrens är också intressanta, då kan vi dra fördelar av att vi har tillsynsansvaret för båda regelverken. Ett exempel på detta är otillåtna direktupphandlingar, som är högt prioriterade. Syftet med att annonsera upphandlingar är just att skapa en konkurrenssituation och därigenom möjliggöra att offentliga inköp görs till hög kvalitet och låg kostnad. Sett till enskilda ärenden skulle jag beskriva att en situation där en upphandlande myndighet medvetet har rundat LOU och direktupphandlat till höga summor är en klockren prioritering för oss. Finns det dessutom misstanke om korruption eller annat förtroendeskadligt beteende är prioriteringen ganska självklar. Ett sådant ärende bedömer jag att vi absolut bör driva i domstol. Uppenbart medvetna överträdelser är det vårt ansvar som tillsynsmyndighet att verka för att sanktionera. Den vägledande, kommunikativt inriktade tillsynen har alltså tydliga gränser för upphandlingstillsynen.

I de fall vi anser att det inte finns något mervärde i att ingripa mot en enskild myndighet utan att vi når bättre effekt på annat sätt kan vi välja ett annat verktyg för att öka genomslaget av vårt arbete. Ett sådant verktyg är våra ställningstaganden. När vi berättar hur vi som tillsynsmyndighet tolkar en fråga där lagregler och rättspraxis inte ger tillräcklig vägledning för hur den ska bedömas bidrar vi till tydlighet för upphandlande myndigheter och enheter. Det ska vara lätt att göra rätt.

Den myndighet som följer ett ställningstagande kan känna sig trygg vid en eventuell granskning från vår sida. Ställningstagandena kommer att vara en effektiv hjälp i vårt förebyggande tillsynsarbete. Vi ska följa rättsutvecklingen och säkerställa att de alltid är uppdaterade och relevanta.

Vilka ställningstaganden vi väljer att utarbeta är naturligtvis också en prioritering. Det ska till exempel vara fråga om ett aktuellt ämne som är relevant för våra intressenter och där det saknas tillräckligt tydlig praxis. Konkurrensverket ska kunna landa i ett tydligt ställningstagande som klargör situationen på ett sätt som gör att det kan tillämpas i praktiken. Vi kommer att beskriva på vår webbplats hur vi arbetar med prioriteringar rörande ställningstagandena.

Med detta sagt vill jag berätta lite om vad som är på gång och under utredning hos oss just nu och vårt fokus under 2020.

Vi hoppas på en tillsyn med tydligare ramar. Konkurrensverket har lämnat över en promemoria med förslag om det till regeringen. Den är nu ute på remiss. I promemorian föreslås att Konkurrensverkets tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet regleras tydligare och att det införs utvidgade möjligheter till ingripande i upphandlingslagarna. Vi vill bland annat kunna meddela förelägganden vid vite och också förbjuda verksamhet om det behövs för att upphandlingslagarna ska följas. Vi föreslår också att maxbeloppet för upphandlings-skadeavgiften höjs från 10 till 20 miljoner kronor, i syfte att motverka att upphandlingar till lägre värden inte ska sanktioneras proportionellt sett hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande belopp. Våra förslag syftar främst till en effektivisering av tillsynen och tydligare ramar för en rättssäker tillsyn. Promemorian innehåller också ett förslag till ändring i Konkurrensverkets instruktion som innebär att vi i vår tillsynsverksamhet ska motverka och uppmärksamma korruption och annat förtroendeskadligt beteende.

När vi ändå är inne på korruption vill jag nämna att vår samverkan med andra myndigheter och aktörer för att motverka korruption kommer att fortsätta. Att identifiera riskerna som kan uppstå vid upphandlingsförfarandet är av stor vikt i det sammanhanget. Jag vill passa på att tipsa om en forskningsrapport som publiceras i dagarna i ämnet korruptionsdomar och offentlig upphandling.

Under 2020 kommer vi också att fortsätta med vårt arbete med ställningstaganden. Vår ambition är 3–4 ställningstaganden per år.

Just nu pågår tre rättsutredningar med målet att kunna publiceras som ställningstagande.

- » Betydelsen av den upphandlande myndighetens urval – vem får välja i ett valfrihetssystem? Ställningstagandet har sin aktualitet från ett par EU-domar kallade Falk Pharma och Tirkkonen som berör frågan om direktivet omfattar upphandlande myndigheters avtal enligt vilka aktörer som uppfyller vissa villkor haft rätt att utföra en bestämd uppgift utan att myndigheten har gjort något urval bland leverantörerna.
- » När kan kommunala nämnder vara upphandlande myndigheter? Frågan har sin grund i ett ärende som vi själva drev för att få klarhet där Högsta förvaltningsdomstolen kom med en dom förra året (HFD 2018 ref. 67). Frågan som berörs är under vilka förutsättningar en nämnd inom en kommun kan vara en egen upphandlande myndighet. Ställningstagandet fokuserar på hur det upphandlingsrättsliga begreppet upphandlande myndighet förhåller sig till kommunallagen, kommunen som sådan och till kommunala nämnder.

- » Uteslutningsgrunden konkurrensbegränsande samarbete där vi fått indikationer på att upphandlande myndigheter inte vet hur denna ska tolkas och användas.

Ställningstagandet om valfrihet och upphandling kan ni förvänta er inom en snar framtid.

När det gäller otillåtna direktupphandlingar har vi ett 60-tal pågående utredningar just nu. Det brukar handla om 100 ärenden per år. Av dessa går en fjärdedel vidare till ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Det som generellt trendar bland inkomna tips och i våra ärenden just nu är:

- Koncessioner
- Hyrpersonal
- Konstnärliga skäl
- Byggtreprenader – överlåtelse av upphandlat kontrakt
- Idéburet offentligt partnerskap (IOP)

Slutligen vill jag framhålla att vi ständigt arbetar med skärningspunkterna mellan upphandling och konkurrens och att regelverken måste förhålla sig till varandra på ett eller annat sätt. Detta arbete kommer vi oförtrutet fortsätta med under 2020 med målet att främja konkurrens och mångfald, att se till att alla kan vara med och att upphandlare ges rätt förutsättningar och resurser för att kunna leverera bra varor och tjänster till medborgarna.

Avslutningsvis vill jag framhålla att jag är mycket tacksam för alla kontakter med er som arbetar med upphandlingsfrågor i olika avseenden. Tips, ris och ros eller frågor och synpunkter är angeläget för oss och medverkar till att vi utvecklar tillsynsverksamheten och säkerställer att vi är effektiva och relevanta.