

Kommunstyrelsen

Remiss – En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5)

Yttrande till Finansdepartementet

Förslag till beslut

Kommunstyrelsens arbetsutskott föreslår kommunstyrelsen fatta följande beslut.

Kommunstyrelsen antar juridik- och kanslistabens och inköpsenhetens förslag till yttrande över promemorian *En effektivare upphandlingstillsyn, Ds 2022:5*, enligt bilaga 1 till tjänsteskrivelsen daterad den 30 maj 2022.

Sammanfattning

I promemorian föreslås att Konkurrensverket, i egenskap av tillsynsmyndighet över upphandlingslagstiftningen, ges utökade sanktions- och utredningsmöjligheter vid tillsynen över upphandlingslagstiftningen. Det bakomliggande syftet med de utökade sanktions- och utredningsmöjligheterna är, enligt promemorian, att ytterligare effektivisera tillsynen över upphandlande myndigheters tillämpning av upphandlingslagarna. De föreslagna ändringarna föreslås träda i kraft den 1 februari 2023. Även om syftet bakom promemorian får anses vara eftersträvansvärt konstaterar Nacka kommun att merparten av förslagen i promemorian är alltför långtgående och att dessa dessutom riskerar att missa det mål som förslagen ämnar att uppnå. Vidare konstaterar Nacka kommun att skälen för införandet av de föreslagna sanktionerna inte kan anses uppnå den nivå av tillräckligt underbyggda skäl som får anses krävas för införandet av statliga sanktioner. Nacka kommun kan inte heller utläsa att föreslagna sanktionsverktyg i praktiken skulle bidra till en effektivare tillsyn av den offentliga upphandlingen eller en minskad korrupktion. Förslagen avstyrks därmed i dess helhet.

Ärendet

Bakgrund

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige. I tillsynen över offentlig upphandling utreder och bedömer Konkurrensverket om upphandlande myndigheter och enheter följer upphandlingsregelverken. Vid överträdelser har Konkurrensverket i dagsläget två möjligheter till ingripande, *ansökningar om upphandlingsskadeavgift* och så kallade *tillsynsbeslut*. Utöver Konkurrensverkets tillsyn finns andra rättsmedel som *leverantörer* har möjlighet att tillämpa.



Konkurrensverkets tillsynsbeslut kan, i avsaknad av närmare lagreglering, beskrivas som att kritik riktas mot tillsynsobjektets agerande. Även om besluten är begränsade till historiskt inträffade överträdelser av upphandlingslagstiftningen har de en vägledande effekt och flertalet upphandlande myndigheter och enheter har också rättat sig efter Konkurrensverkets bedömningar. Av Högsta förvaltningsdomstolens konstaterade i HFD 2018 ref. 17 framgår emellertid att Konkurrensverket saknar rättslig grund för att *tvinga* en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Denna fråga övervägdes i samband med att regleringen om upphandlingsskadeavgift infördes. I samband med regleringen uttalade regeringen att det inte fanns något behov av att ge tillsynsmyndigheten möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende (se prop. 2009/10:180 s. 218 f.).

Nu aktuell promemoria har sin grund i Konkurrensverket likalydande förslag i *Promemorian med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen, Fi2019/02619/OU*. Den promemorian besvarades av kommunstyrelsen i samband med dess sammanträde den 13 januari 2020, KFKS 2019/1022.

De föreslagna förändringarna

Enligt förslagen ska Konkurrensverket få fatta beslut om upphandlingsskadeavgift i första instans, det vill säga utan ett ansökningsförfarande till allmän förvaltningsdomstol. Vidare föreslås att möjligheten att besluta om upphandlingsskadeavgift utvidgas till andra överträdelser än enbart otillåtna direktupphandlingar, såsom exempelvis överträdelser av bestämmelserna om efterannonsering, om dokumentationsskyldighet och om skyldigheten att motivera varför ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Dessutom föreslås att tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift ska förlängas till två år (idag är tidsfristen ett år) och att sanktionsavgiftens tak höjs från 10 miljoner kronor till 20 miljoner kronor. Det föreslås vidare att Konkurrensverket ska kunna förelägga upphandlande myndigheter och enheter att besluta om riktlinjer för användning av direktupphandling och att sådana förelägganden ska kunna förenas med vite. Enligt promemorian bedöms det att motsvarande bör gälla riktlinjer rörande beaktande av vissa samhällsintressen, om förslagen i promemorian *En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen (Ds 2021:31)* genomförs.

I syfte att effektivisera utredningarna av potentiella överträdelser av upphandlingslagarna föreslås också att Konkurrensverket ska kunna rikta utredningsförelägganden även till leverantörer samt att sådana förelägganden ska kunna förenas med vite och att föreläggandet ska kunna gälla omedelbart.

Nacka kommun har sedan ett antal år gjort betydande framsteg kopplat till både avtalstrohet och leverantörstrohet. Dessa framsteg beror enligt Nacka kommun inte på tillsynsmyndighetens befogenheter eller bristen på dessa. Redan idag har anbudsgivarna (leverantörerna) långtgående möjligheter att i praktiken få det prövat huruvida en upphandlande myndighets beslut i det enskilda upphandlingsrättsliga fallet är lagenligt eller

inte. Därtill är det en självklarhet att upphandlande myndigheter dels eftersträvar lagens efterlevnad, dels rätteligen utmanar lagstiftningen när det föreligger goda skäl att göra så. Det ligger i sakens natur att upphandlande myndigheter i allmänhet och upphandlande kommuner i synnerhet utmanar gällande rätt i syfte att pröva denna utifrån förändrade förutsättningar från var tid till annan. Det är ändå så ny praxis utvecklas. Utifrån det framstår det som remarkabelt att Konkurrensverket föreslås överta domstolens roll som första instans i prövningen av om upphandlingsskadeavgift ska påföras eller inte. Även förslaget om ett utökat tillämpningsområde för upphandlingsskadeavgiften saknar erforderlig proportionalitet och framstår som olämpligt.

Sammanfattningsvis konstaterar Nacka kommun att dylika bemyndiganden som innebär att statliga myndigheter ges både ett rättsligt och ett ekonomiskt inflytande över det kommunala självstyret behöver vara erforderligt styrkta och grundligt analyserade för att kunna tjäna som erforderliga beslutsunderlag. Skälen för införandet av de föreslagna sanktionerna kan inte anses uppnå den nivå av tillräckligt hållbara skäl som får anses gälla för införandet av statliga sanktioner. Nacka kommun kan inte heller utläsa att föreslagna sanktionsverktyg i praktiken skulle bidra till vara sig en effektivare tillsyn i förhållande till den offentliga affären eller en minskad korruption.

De förslag som framförs i promemorian avstyrks därmed i dess helhet.

Ekonomiska konsekvenser

Ett genomförande av förslagen riskerar att innebära kostnader för kommunen, både *direkta* kostnader genom eventuella viteskrav och *indirekta* kostnader genom förlängda tidsfrister för upphandlingar.

Konsekvenser för barn

Förslaget i sig innebär inte några konsekvenser för barn, men kan i sin förlängning innebära att möjligheten att allokera resurser till förskola, skola och fritidsverksamheter till barn minskar.

Bilagor

1. Förslag till yttrande
2. Promemorian *En effektivare upphandlingstillsyn, Ds 2022:5*

Engin Ceylan
Kanslichef
Juridik- och kanslistaben

Sebastian Nordgren
Inköpschef
Inköpsenheten

Ia Magnusson
Kommunjurist
Juridik- och kanslistaben