

Generaldirektören

2022-06-20

Diarienummer

1.4-2022-6161

Regeringskansliet
Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se
kopia:
sara.rostamian.regeringskansliet.se

Remissvar över promemorian En effektivare upphandlingstillsyn, Ds 2022:5

(ert diarienummer Fi2022/00967)

Sammanfattning

Migrationsverket delar inte promemorians förslag om ändrad beslutsordning varigenom Konkurrensverket som första instans ska få möjlighet att fatta beslut om upphandlingsskadeavgift. Migrationsverket anser att domstol fortsatt ska hantera den uppgiften.

Migrationsverket är särskilt tveksamt till att Konkurrensverket som första instans ska kunna besluta om upphandlingsskadeavgift i vissa situationer, såsom vid otillåten direktupphandling, utan att ett upphandlingsrättsligt fel dessförinnan har konstaterats i domstol. Det kan inte uteslutas att Konkurrensverket kommer att göra en annan bedömning av rättsläget än en domstol, om den upphandlerättsliga bedömningen inte dessförinnan har blivit föremål för överprövning. Det kan leda till att upphandlande myndigheter åläggs upphandlingsskadeavgift även i fall där en domstol efter en överprövning skulle ha kommit till en annan slutsats i frågan om ett upphandlingsrättsligt fel har begåtts. Detta synes i viss mån kunna leda till att parallell praxis utvecklas avseende otillåten direktupphandling.

Migrationsverket ställer sig också tveksamt till om förslagen i promemorian kommer att leda till ett minskat antal mål om upphandlingsskadeavgift. Det kan inte uteslutas att målen istället ökar på grund av att upphandlande myndigheter kommer att välja att överklaga beslut om de utökade sanktionerna eller där man anser att Konkurrensverket har gjort en felaktig bedömning av om ett upphandlingsrättsligt fel begåtts, eller avseende beräkningen av aktuellt kontraktsvärde och därmed upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Vad gäller att tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften utvidgas till brister om efterannonsering, publicering av upphandlingsannonser i registrerad upphandlingsdatabas, motiveringsskyldighet avseende uppdelning av upphandlingar i mindre delar, upprättande av individuella rapporter har Migrationsverket inget emot att någon slags handlingsstyrande åtgärd vidtas. Migrationsverket är dock tveksamt till om

upphandlingsskadeavgift är den mest lämpliga åtgärden och anser även att upphandlingsskadeavgiftens storlek inte är motiverad för dessa slag av brister från upphandlande myndigheter och enheter. Migrationsverket anser att upphandlingsskadeavgift bör reserveras för överträdelser som kringgår eller underminerar syftet med upphandlingsregelverket. Möjligen kan i stället en mindre administrativ sanktionsavgift övervägas att införas för dessa brister så att sanktionen blir proportionerlig i förhållande till överträdelserna.

I övrigt har Migrationsverket inga invändningar mot promemorians förslag till utökade sanktions- och utredningsmöjligheter för Konkurrensverket.

En ändrad beslutsordning för en effektivare tillsyn (avsnitt 4.1.1)

Migrationsverket delar inte promemorians förslag som innebär att en ny beslutsordning införs där tillsynsmyndigheten, Konkurrensverket, beslutar om upphandlingsskadeavgift som första instans. Migrationsverket anser att den uppgiften fortsatt bör hanteras av domstol.

En ny beslutsordning bör införas

Förslaget innebär att Konkurrensverket som första instans ska kunna besluta om upphandlingsskadeavgift i vissa situationer, såsom vid otillåten direktupphandling, utan att ett upphandlingsrättsligt fel dessförinnan har konstaterats i domstol, vilket Migrationsverket är särskilt tveksamt till. Det innebär att Konkurrensverket dels ska göra en bedömning om en upphandlande myndighet eller enhet har brutit mot upphandlingslagstiftningen, dels ska bedöma storleken på upphandlingsskadeavgiften.

Det kan inte uteslutas att Konkurrensverket kommer att göra en annan bedömning av rättsläget än en domstol, om den upphandlingsrättsliga bedömningen inte dessförinnan har blivit föremål för överprövning. Den föreslagna ordningen kan leda till att upphandlande myndigheter åläggs upphandlingsskadeavgift även i fall där en domstol efter en överprövning skulle ha kommit till en annan slutsats än Konkurrensverket rörande om ett upphandlingsrättsligt fel har begåtts eller inte. Förslaget synes alltså i viss mån riskera att leda till att parallell praxis utvecklas vad gäller exempelvis området för otillåten direktupphandling, vilket inte vore bra.

Det kan också nämnas att den av regeringen utsedda expertmyndigheten, Upphandlingsmyndigheten, och Konkurrensverket ibland har haft olika uppfattning om hur en viss EU-praxis eller en viss regel i de EU-rättsliga direktiven ska tolkas och tillämpas, exempelvis i fråga om vad som kan anses utgöra en intern upphandling mellan olika statliga myndigheter. Detta kan också tala för att det är bättre att låta domstolar i första instans hantera bedömningen av upphandlingsskadeavgift istället för att en myndighet ska bedöma en annan myndighets handlande när det gäller sanktionsavgifter i ”bestraffande” syfte.

Tidigare överväganden och om några skäl som anförs i promemorian för ändrad beslutsordning

Migrationsverket har förståelse för de effektivitetsvinster som lyfts fram i förslaget till ny beslutsordning men finner att vissa skäl som anförs i promemorian är mindre övertygande.

Som promemorian uppmärksammar har det vid tidigare överväganden i samband med införandet av upphandlingsskadeavgift i svensk rätt funnits principiella betänkligheter mot att en myndighet ska bedöma en annan myndighets handlande. I promemorian anförs att Konkurrensverket redan nu genom sina tillsynsbeslut gör en bedömning av en annan myndighets handlande även om ingen sanktion påförs. Migrationsverket ser inte att tillsynsbeslut fyller samma funktion som beslut om upphandlingsskadeavgift. Tillsynsbesluten syftar till att genom kritik få upphandlande myndigheter att agera i enlighet med upphandlingsregelverket emedan påförande av sanktionsavgifter ”bestraffar” myndigheter som begår överträdelse av regelverket, vilket mer lämpar sig för domstols hantering i första instans.

Promemorian menar också att det saknar betydelse om den bakomliggande prövningen, som ligger till grund för upphandlingsskadeavgiften, har gjorts av domstol eftersom det i mål om upphandlingsskadeavgift enligt praxis inte ska göras någon överprövning av den bakomliggande domen, när dom finns. Migrationsverket menar att det synes ha betydelse att prövningen av upphandlingsskadeavgiften görs av domstol i fall där otillåten direktupphandling är orsaken till påförande av upphandlingsskadeavgiften och inget bakomliggande avgörande finns där ställningstagande av den otillåtna direktupphandlingen gjorts. Detta eftersom det då torde behöva göras en prövning av om en otillåten direktupphandling har genomförts för att säkerställa att skäl för att påföra upphandlingsskadeavgift föreligger, utöver prövning av avgiftens storlek. I mål där Konkurrensverket har överklagat efter att ha ansökt om upphandlingsskadeavgift har kammarrätten¹ uttalat att Konkurrensverket har bevisbördan dels att visa att otillåten direktupphandling har genomförts och att det därmed föreligger förutsättningar för att ta ut upphandlingsskadeavgift, dels avgiftens storlek. Vidare har kammarrätten² uttalat att beviskravet är högre avseende sanktionsavgifter än vad som i övrigt gäller inom förvaltningsprocessen och att Konkurrensverket därför har att göra det ”mycket sannolikt” att upphandlingen uppgår till det värde som Konkurrensverket påstår. Dessa omständigheter torde ytterligare tala för att domstol bör hantera upphandlingsskadeavgift i första instans.

Förslaget anför också bl.a. som skäl för ändrad beslutsordning att Konkurrensverket, i de mål där Konkurrensverket har ansökt om upphandlingsskadeavgift och som hittills avgjorts i domstol, varit framgångsrik till 90%. Enligt Migrationsverket utgör det inte tillräckliga skäl för att ändra nuvarande beslutsordning.

¹ Se JUNO Anna Ulfsdotters kommentar till 21 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) Kammarrätten i Stockholm, mål 5426-12 och Kammarrätten i Stockholm, mål 1304-20.

² Dito ovan Kammarrätten i Stockholm, mål 13-04-20.

Besluten bör prövas av samtliga förvaltningsdomstolar

Förslaget innebär vidare att Konkurrensverkets beslut om upphandlingsskadeavgift ska kunna överklagas till domstol.

Migrationsverket menar att det här kan finnas en annan aspekt som talar för att upphandlingsskadeavgift bör hanteras av domstol som första instans och det är att upphandlande myndigheter hamnar i ett visst underläge i förhållande till Konkurrensverket när Konkurrensverket är första instans och myndigheter behöver överklaga dess beslut för att få en domstolsprövning av upphandlingsskadeavgiften. Det är allmänt accepterat att en överklagande part, som redan har en dom eller ett beslut emot sig, har ett underläge jämfört sin motpart.

Det kan heller inte uteslutas att antalet mål om upphandlingsskadeavgift i domstolarna kommer att öka i stället för att minska, när upphandlande myndigheter väljer att överklaga beslut om de nya utökade sanktionerna eller där man anser att Konkurrensverket har gjort en felaktig bedömning av om ett upphandlingsrättsligt fel begåtts, eller avseende beräkningen av aktuellt kontraktsvärde och därmed upphandlingsskadeavgiftens storlek.

När ska tillsynsmyndigheten fatta beslut om upphandlingsskadeavgift?
(avsnitt 4.1.2)

Utöver vad som anförs ovan att upphandlingsskadeavgift bör hanteras av domstol som första instans har Migrationsverket inga synpunkter på förslaget.

Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften utvidgas (avsnitt 4.3)

Förslaget innebär att Konkurrensverket får besluta om upphandlingsskadeavgift när upphandlande myndigheter eller enheter brister i sina skyldigheter enligt upphandlingslagarna om efterannonsering, publicering av upphandlingsannonser i registrerad upphandlingsdatabas, motiveringsskyldighet avseende uppdelning av upphandlingar i mindre delar, upprättande av individuella rapporter.

Migrationsverket anser att det är rimligt att någon form av handlingsstyrande åtgärd införs avseende ovanstående om det utgör ett problem men är tveksamt till om upphandlingsskadeavgift är den mest lämpliga åtgärden, bland annat mot bakgrund av ovan redovisade argument för att upphandlingsskadeavgift fortsatt endast bör kunna utdömas av domstol.

Det är i promemorian också oklart hur dessa överträdelser är tänkta att bedömas när det gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek då promemorian inte för resonemang om det. Även om det i förslaget till upphandlingsskadeavgift finns kvar motsvarande bestämmelser som i nu gällande upphandlingsbestämmelser om att upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas i ringa fall, att eftergift får beviljas vid synnerliga skäl samt att det vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska tas särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är, så synes det inte rimligt att

tillämpa bestämmelser om upphandlingsavgiftens storlek – dvs lägst 10 000 kr och högst 20 000 000 kr där avgiften inte får överstiga 10% av upphandlingens värde - på överträdelser som avses i detta avsnitt. Bristerna som man i promemorian vill sanktionera med upphandlingsskadeavgift, som att en upphandlande myndighet eller enhet inte har efterannonser eller inte motiverat varför den inte delat upp en upphandling etc., kan trots allt inte anses utgöra så allvarliga överträdelser av upphandlingsregelverket att det är motiverat med upphandlingsskadeavgift. Migrationsverket anser att upphandlingsskadeavgift bör reserveras för överträdelser som kringgår eller underminerar syftet med upphandlingsregelverket. Möjligen kan i stället en mindre administrativ sanktionsavgift övervägas att införas för dessa brister så att sanktionen blir proportionerlig i förhållande till överträdelserna.

Taket på upphandlingsskadeavgiften höjs (avsnitt 4.4)

Med reservation för att Migrationsverket ovan anser att upphandlingsskadeavgift fortsatt bör utdömas av domstol och att upphandlingsskadeavgiftens storlek inte synes motiverad när det kommer till att påföra upphandlingsskadeavgift för de administrativa brister som anges i avsnitt 4.3, har Migrationsverket inget att erinra mot förslaget att maxbeloppet för upphandlingsskadeavgiften höjs från 10 000 000 kronor till 20 000 000 kronor.

Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs (avsnitt 4.5)

Migrationsverket instämmer i promemorians slutsatser att förlänga tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift från ett år till två år. Det är rimligt att den faktiska utredningstiden, som har konstaterats inte är tillräcklig i nuläget, återspeglas i den tidsfrist som Konkurrensverket har för att ansöka hos domstol om att upphandlingsskadeavgift ska utdömas.

En möjlighet att meddela förelägganden för att lagen ska följas bör inte införas (avsnitt 4.7)

Migrationsverket delar promemorians uppfattning. Det åligger varje svensk myndighet att följa lagen och det ska därför inte krävas ett föreläggande för att så ska ske.

Konsekvenser (avsnitt 6)

Migrationsverket delar till stora delar promemorians slutsatser om konsekvenserna av förslaget i den del det avser merkostnader för upphandlande myndigheter och enheter, om samtliga förslag i promemorian genomförs. I tillägg till det kan det, som nämnts tidigare, inte uteslutas att antalet mål om upphandlingsskadeavgift i domstolarna kommer att öka i stället för att minska, när upphandlande myndigheter väljer att överklaga nya sanktioner jämte beslut där man anser att Konkurrensverket har gjort en felaktig bedömning av om ett upphandlingsrättsligt fel begåtts, eller avseende upphandlingsskadeavgiftens storlek. Det innebär ökade kostnader för såväl Konkurrensverket, domstolarna som de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Väljer man å andra sidan att låta domstolarna även fortsättningsvis utdöma upphandlingsskadeavgift, som Migrationsverket föredrar, men har kvar de nya föreslagna sanktionerna kan det också antas att upphandlande myndigheters och enheters liksom domstolarnas kostnader även då kommer att öka. Detta eftersom ett visst antal tillkommande överklaganden avseende de nya sanktionerna kan förväntas från upphandlande myndigheter eller enheter samtidigt som den förutsedda minskningen av mål om upphandlingsskadeavgift för domstolarnas del uteblir.

Detta yttrande har beslutats av undertecknad generaldirektör efter föredragning av verksjuristen Elisabeth Lundin och upphandlingsjuristen Charlotte Lilliestierna Ehrén. I den slutliga handläggningen har även rättschefen Carl Bexelius och enhetschefen Åsa Nyblom Lööv deltagit.

Mikael Ribbenvik