

## Remiss - En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5)

Region Skåne har fått möjlighet att besvara remissen angående promemorian.

### Generellt

Konkurrensverket får enligt förslag flertalet nya verktyg samt utökad tidsfrist till att granska upphandlande myndigheter. De utökade befogenheter och frister som Konkurrensverket får överstiger enligt Region Skånes mening vida det som krävs för att uppnå syftet.

Vid en eventuell utökning av Konkurrensverkets befogenheter är en mer rimlig hållning att utöka dessa gradvis för att därefter utvärdera utfallet. En alltför stor kursändring kan medföra svåröverblickbara konsekvenser för samtliga berörda och Region Skåne finner inte heller någon tydlig motivering i promemorian till vad som föranleder att det nu är lämpligt att införa ändringar som tidigare har lagts fram, men då förkastats.

Region Skåne vill mot denna bakgrund särskilt kommentera följande punkter:

#### 4.1.1 En ändrad beslutsordning för en effektivare tillsyn

Region Skåne avstyrker förslaget att Konkurrensverket ska få besluta om upphandlingsskadeavgift. Beslut om upphandlingsskadeavgift bör av rättssäkerhetsskäl även fortsättningsvis fastställas av domstol i första instans.

Bedömningen av om det finns rättslig och saklig grund för upphandlingsskadeavgift förutsätter en rättssäker tolkning och tillämpning av upphandlingslagstiftningen vilket enligt Region Skåne är en uppgift för domstolarna. Region Skåne får även framhålla att det är tveksamt om det skulle bli effektivare med en ändrad beslutsordning eftersom det är sannolikt att ett stort antal upphandlande myndigheter skulle överklaga Konkurrensverkets beslut till domstol.

Förslagen i promemorian grundar sig bland annat på att det råder strikt ansvar enligt bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och att det saknas utrymme för bedömningar såvitt avser själva påförandet av avgiften, vilket inte stäm-

Datum

mer. Det är korrekt att det råder ett strikt ansvar om den upphandlande myndigheten konstateras ha brutit mot upphandlingslagstiftningen, men bland annat när det är fråga om påstådd otillåten direktupphandling aktualiseras i många fall juridiska frågeställningar som bör avgöras av domstol i första hand. Som exempel på rättsliga bedömningar kan nämnas att det kan vara stridigt huruvida ett undantag från annonseringsplikten varit tillämpligt eller inte och det kan också vara fråga om tillämpning av en lagparagraf som det saknas rättspraxis till stöd för tillämpningen av, t. ex. 17 kap 12 § LOU. Vidare är det enligt gällande rätt en förutsättning för bifall till en ansökan om upphandlingsskadeavgift att Konkurrensverket uppfyller sin bevisbörda för alla relevanta omständigheter. Bedömningen av huruvida Konkurrensverket uppfyllt sin bevisbörda eller ej bör enligt Region Skånes mening inte göras av Konkurrensverket utan prövas i domstol i första instans. Vidare innehåller mål gällande upphandlingsskadeavgift ett antal bedömningsmoment t.ex. gällande avgiftens storlek, huruvida ringa fall eller synnerliga skäl för nedsättning föreligger som bör prövas av domstol. Detta är en rättssäkerhetsfråga av största vikt då det gäller en sanktionsavgift som kan uppgå till stora belopp.

Enligt remissen framgår att av de 132 domar som vunnit laga kraft mellan 2014 och 2019 har domstolen helt eller delvis bifallit ansökningarna i 123 mål (90 procent av fallen). Det synes ostridigt att Konkurrensverket i drygt 10 procent av fallen förlorat. Vidare går det inte ur nämnd statistik utläsa hur många av domarna som Konkurrensverket endast fått delvis bifall. Även om det finns förutsättningar att överklaga Konkurrensverkets beslut är det inte tillfredsställande att i minst 10 procent av fallen är Konkurrensverkets bedömning felaktig. Dessutom får tilläggas att de rättsliga bedömningarna och övervägandena skiftar över tid med i vissa fall mycket tvära kast i rättspraxis och att statistikens innehåll skulle behöva analyseras i detalj för att kunna utgöra vägledning för hur lagstiftningen ska utformas. En stor del av LOU:s tillämpning är utformad genom den fortlöpande rättspraxisutveckling som domstolarna svarar för, men med föreslagen ordning där Konkurrensverket får tolkningsföreträde som första instans blir det en ändring av nuvarande ordning. Det synes inte förenligt med de höga krav på rättssäkerhet som föreligger och som enligt Region Skånes mening bör upprätthållas.

En parameter som helt synes bortses från är förslagens effekt på upphandlande myndigheter. Den eventuella effektivitetsvinst som kan åtnjutas synes slås ut av ytterligare åtaganden från upphandlande myndigheters sida.

Som framhållits är det vidare inte troligt att det finns några effektivitetsvinster att hämta för att Konkurrensverket får besluta om upphandlingsskadeavgift. Upphandlande myndigheter kommer i normalfallet överklaga Konkurrensverkets beslut och endast i undantagsfall gå med på Konkurrensverkets beslut. Ett alternativ och en rimligare lösning vore i så fall att Konkurrensverket får besluta om upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten accepterar det,

Datum

i annat fall ska det ske enligt gällande rätt med prövning i domstol som första instans.

#### **4.3 Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften utvidgas**

Region Skåne avstyrker förslaget att tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift ska utvidgas. Det som föreslås är att upphandlingsskadeavgift ska kunna utgå även för förseelser av administrativ karaktär. Upphandlingsskadeavgift är en sanktion avsedd för allvarliga brott mot upphandlingslagstiftningen. Paragrafen är formulerad utifrån det syftet och de höga beloppen satta utifrån det syftet. Sanktionen lämpar sig därmed inte alls för de föreslagna tilläggen.

Vidare står det inte i proportion att Konkurrensverket får besluta om upphandlingsskadeavgift för samtliga uppräknade brister, många av de bristerna synes inte vara av sådan art att de motiverar en upphandlingsskadeavgift. Förseelser av administrativ karaktär som gäller dokumentation av beslut är exempel på det som inte lämpar sig för denna typ av sanktion eftersom dokumentationskraven, även om utgångspunkten är att samtliga beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse i en upphandling ska dokumenteras, inte har sådan förutsägbarhet och tydlighet i upphandlingslagstiftningen som skulle krävas för att knyta ekonomiska sanktioner i form av upphandlingsskadeavgift till dem. Som förslaget är utformat och kan förstås skulle exempelvis en upphandlande myndighet kunna bli skyldig att betala 20 miljoner kronor för en bristfällig motivering av beslut att inte tilldela kontrakt i separata delar. Förslaget upplevs som oproportionerligt ingripande. Förslaget framstår därtill i denna del som otillräckligt utrett och motiverat. Därutöver framgår det inte hur avgiften ska beräknas när det handlar om dessa brister i förhållande till brott mot annonseringsskyldigheten.

#### **4.4 Taket på upphandlingsskadeavgiften höjs**

Region Skåne avstyrker förslaget att höja taket för upphandlingsskadeavgift. Det inte är avgiftens storlek i sig som kommer att avgöra om upphandlingslagstiftningens regelverk följs. Dessutom får tilläggas att redan 10 miljoner kronor är en hög nivå, i synnerhet om förslagets övriga delar om ändringar i förutsättningar för att ta ut upphandlingsskadeavgift antas.

#### **4.5 Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs**

Region Skåne avstyrker förslaget om förlängd tidsfrist. Den nu gällande tidsfristen är tillräcklig för att säkerställa effektiv tillsyn. Om Konkurrensverkets svårigheter att hinna utreda eventuella brott mot upphandlingslagstiftningen främst beror på resursbrist bör problemet lösas på annat sätt snarare än genom kraftigt utökade tidsfrister. Den eventuella fördel en längre tidsfrist skulle innebära för Konkurrensverket uppväger inte nackdelen som en så lång tids osäkerhet innebär för upphandlande myndigheter. Detta gör sig ännu mer gällande om den längre tidsfristen även ska gälla för de nya utökade tillämpningsområdet. Det upplevs som orimligt att Konkurrensverket ska ha två

Datum

år på sig att besluta om upphandlingsskadeavgift för en bristfällig motivering av beslut eller en missad individuell rapport två år tidigare. Det har lagts förslag om längre tidsfrist tidigare, men förslagen har då underkänts. Det krävs därför en motivering till varför ändringen nu bör genomföras.

Carl Johan Sonesson  
Ordförande

Alf Jönsson  
Regiondirektör