



Datum 2022-06-15  
Diarienummer 0429/22

Finansdepartementet  
[fi\\_remissvar@regeringskansliet.se](mailto:fi_remissvar@regeringskansliet.se)  
Kopia till  
[sara.rostamian@regeringskansliet.se](mailto:sara.rostamian@regeringskansliet.se)

## Göteborgs Stads yttrande över Finansdepartementets remiss – En effektivare upphandlingstillsyn (Fi2022/00967)

Finansdepartementet har gett Göteborgs Stad möjlighet att inkomma med synpunkter på rubricerad promemoria. Göteborgs Stad önskar framföra följande synpunkter.

### Inledning

Göteborgs Stad har förståelse för att Konkurrensverket önskar nå en tydlig och effektiv tillsyn på upphandlingsområdet. I sammanhanget är det dock viktigt att komma ihåg att den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna vill göra rätt samt att de vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär, vilket bland annat framgår av *Förenklingsutredningen (SOU 2018:44)*.

Upphandlingsregelverket är dock i många fall svårt att tillämpa och det är därför ibland nödvändigt att göra avvägningar där myndigheten – utan att ha någon som helst avsikt att bryta mot LOU – ändå kan komma att hamna i en situation där Konkurrensverket senare anser att myndigheten brutit mot regelverket med en upphandlingsskadeavgift som följd. Eftersom det ofta är fråga om svåra avvägningsfrågor och inte medvetna överträdelser av ett klart och tydligt regelverk måste de sanktioner som Konkurrensverket har att tillgå för sin tillsyn vara väl avvägda.

Av statistik från Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket framgår att det genomförs närmare 19 000 annonserade upphandlingar per år och därtill ett okänt antal direktupphandlingar. Konkurrensverket fattar årligen cirka 20 – 30 beslut inom upphandlingstillsynen som avser både ansökningar om upphandlingsskadeavgift och tillsynsbeslut. Konkurrensverkets tillsyn, i form av ansökningar eller beslut, rör alltså en mycket begränsad del av alla de upphandlingar som genomförs. Det ska sättas i relation till den kontroll av regelverkets efterlevnad som sker genom att leverantörer ansöker om

överprövning av upphandlingar. Under år 2020 kom det in cirka 3 500 överprövningsmål till förvaltningsdomstolarna.

## **Tillsynsmyndigheten får besluta om upphandlingsskadeavgift**

Konkurrensverket har utöver upphandlingslagarna även tillsyn över bland annat konkurrenslagen och fattar som första instans beslut om konkurrensskadeavgift. Den omständigheten skulle kunna tala för att myndigheten även i ärenden om upphandlingsskadeavgift kan bli beslutsmyndighet. Konkurrensverket som en ytterligare instans förväntas dock innebära ökade processkostnader då processen kan behöva föras i ytterligare tre instanser förutom inför tillsynsmyndighetens grundbeslut. Detta kan jämföras med Konkurrensverkets beslut om konkurrensskadeavgift som endast kan överklagas till ytterligare två instanser. I förhållande till de effektivitetsvinster som framförs som skäl för ändrad beslutsordning kan det ifrågasättas om de eftersträvade vinsterna verkligen uppnås. Genom den nya föreslagna ordningen med Konkurrensverket som första beslutande instans riskerar processen enbart att förflyttas genom överklagande till allmän förvaltningsdomstol och därtill förlängas i den nya instansordningen. Dessutom kan noteras att det av den redovisade statistiken framgår att domstolarna inte bifallit Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift i närmare 10 procent av målen. För det fall dessa motsvarande beslut framgent inte överklagas, vilket kan aktualiseras av olika anledningar, fastslås en upphandlingsskadeavgift som enligt nuvarande ordning hade resulterat i ett avslagsbeslut i domstol. Sammanfattningsvis anser Göteborgs Stad att de eftersträvade effektivitetsvinsterna inte i tillräcklig grad är underbyggda i förslaget. Mot bakgrund av ovanstående avstyrker Göteborgs Stad förslaget.

## **När ska tillsynsmyndigheten fatta beslut om upphandlingsskadeavgift?**

Konkurrensverket har för närvarande en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift i de fall en allmän förvaltningsdomstol beslutat att ett avtal får bestå trots att det slutits i strid med en avtalsspärr eller fått bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Enligt förslaget ska Konkurrensverket i stället för att ansöka om upphandlingsskadeavgift fatta beslut därom, med undantag för ringa överträdelser eller vid synnerliga skäl. I en tidigare promemoria, *Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/02619/OU)*, har föreslagits att Konkurrensverket skulle få möjlighet att avstå ansökan vid ringa överträdelser eller vid synnerliga skäl. Konkurrensverket som beslutsfattare i första instans skulle visserligen innebära att myndigheten inte behöver lägga resurser på att ansöka om upphandlingsskadeavgift i de fall utredningen visat att det är fråga om ett ringa fall eller om det finns synnerliga skäl för eftergift. Även domstolar och upphandlande myndigheter

och enheter kan spara resurser på att dessa ärenden stannar hos Konkurrensverket. Samma resultat är dock möjligt att nå genom tidigare presenterat förslag att Konkurrensverket ska kunna besluta om att avstå från obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift då myndigheten bedömer att det är ett ringa fall eller det finns synnerliga skäl för eftergift. Göteborgs Stad anser att en sådan möjlighet i stället borde införas och avstyrker som ovan nämnts förslaget om att Konkurrensverket som första instans fattar beslut om upphandlingsskadeavgift.

## **Dokumentationsskyldigheten förenas med en tidsfrist**

Upphandlande myndigheter och enheter är enligt lag skyldiga att dokumentera genomförandet av sina upphandlingar. I promemorian föreslås att dokumentationsplikten ska fullgöras inom 30 dagar efter att avtal ingåtts eller att beslut om avbrytande av upphandlingen har fattats. Göteborgs Stad anser att det är rimligt att dokumentationen fullgörs i nära anslutning till tidpunkt för avtalsingående eller avbrytandebeslut och en fast tidsfrist gör det tydligt när dokumentationsskyldigheten ska vara genomförd. Göteborgs Stad tillstyrker därför förslaget.

## **Utvidgning av tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift**

Göteborgs Stad avstyrker förslaget om att upphandlingsavgift ska få beslutas för andra överträdelser i upphandlingslagstiftningen än otillåtna direktupphandlingar. De överträdelser som nu ingår i förslaget att omfattas av upphandlingsskadeavgift gäller bland annat krav på efterannonsering, dokumentationsplikt och motiveringsskyldighet för ställningstagandet att inte dela upp kontrakt. Det är naturligtvis viktigt att upphandlande myndigheter följer upphandlingslagstiftningen även i de formella delar som förslaget omfattar. Göteborgs Stad är dock inte övertygad om att en utökad möjlighet till upphandlingsskadeavgift i dessa delar skulle innebära den mest effektiva upphandlingstillsynen.

I Konkurrensverkets rapport *Upphandlingstillsynens konsekvenser, Uppdragsforskningsrapport 2022:3* framkommer att det finns svårigheter att visa något starkare samband mellan tillsyn och en ökad regelefterlevnad. Det ger anledning att noga fundera över om ökade sanktioner i form av upphandlingsskadeavgift skulle innebära en så mycket bättre följsamhet av formella regler att det skulle väga upp kostnaden för den ökade tillsynen. De formella brister som förslaget tar sikte på kan redan nu ingå i Konkurrensverkets tillsyn och resultera i kritik i form av tillsynsbeslut. Det kan här noteras att Konkurrensverket de senaste fyra åren endast meddelat totalt fem tillsynsbeslut, vilket framgår av *Konkurrensverkets tillsynsverksamhet 2021 Rapport 2022:1*. Om det beror på att myndigheten har begränsade resurser och därför har valt att inrikta sitt arbete på otillåtna

direktupphandlingar som kan resultera i beslut om upphandlingsskadeavgift, kan antas att prioriteringar även kommer att behöva göras i tillsynsarbetet framöver.

Göteborgs Stad vill betona att det är angeläget att Konkurrensverkets resurser koncentreras till att upptäcka och utreda de otillåtna direktupphandlingar som hör till de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen. En farhåga är att formella brister i upphandlingarna som dessutom kan förväntas vara lättare för tillsynsmyndigheten att upptäcka tar resurser från de delar som kräver mer omfattande utredning för att resultera i ett beslut om upphandlingsskadeavgift. För överträdelser av de formella reglerna är även fortsättningsvis möjligheten att meddela tillsynsbeslut en tillräcklig åtgärd för att tillse efterlevnaden.

I promemorian hänvisas till ett uppdrag som Statskontoret fått att utvärdera effekterna av de förändrade reglerna för direktupphandling (Fi2021/02328). Statskontoret har nu redovisat sitt uppdrag i *Offentlig direktupphandling. En utvärdering av 2014 års regeländringar (2022:6)* och på s.23 framgår bland annat följande.

”När det gäller dokumentationsplikten visar vår analys, på samma sätt som när det gäller riktlinjerna, att nästan samtliga upphandlande organisationer i dag dokumenterar direktupphandlingar. Vi konstaterar också att de upphandlande organisationerna i hög utsträckning dokumenterar direktupphandlingar på ett sätt som motsvarar Konkurrensverkets vägledning när det gäller dokumentationen.”

I redovisningen framgår alltså att upphandlande myndigheter i vart fall när det gäller direktupphandlingar i hög grad uppfyller dokumentationsplikten. Däremot föreslår Statskontoret på s. 31f att det ska införas bestämmelser om hur en enhetlig dokumentation ska göras och hur den ska förvaras eftersom det bland annat skulle underlätta tillsynen om alla upphandlande organisationer dokumenterar samma uppgifter och på samma sätt i samband med direktupphandlingar. Det som framkommer i redovisningen tyder på att det kan behöva utredas ytterligare hur regelefterlevnaden avseende promemorians förslag ser ut idag. Vidare visar behovet av bestämmelser om enhetlig dokumentation och hur den ska bevaras, att det inte är helt tydligt när en upphandlande myndighet har uppfyllt kravet på fullgod dokumentation. Den oklarheten talar inte heller för att ett införande av upphandlingsskadeavgift i denna del skulle ha önskad effekt.

Det framgår inte av förslaget hur Konkurrensverket ska beräkna en påförd avgift för brister i de formella överträdelserna. I dessa fall framstår det inte som lämpligt att sätta upphandlingsskadeavgiften i relation till värdet av en upphandling. Om förslaget införs borde upphandlingsskadeavgiftens storlek

vara kopplad till vilken typ av överträdelse det gäller oavsett kontraktsvärde. Promemorians förslag saknar utredning om detta.

## **Taket på upphandlingsskadeavgift höjs**

Förslaget om att höja taket för upphandlingsskadeavgift har besvarats av Göteborgs Stad vid ett tidigare tillfälle och Göteborgs Stad vidhåller sin tidigare bedömning att förslaget avstyrks. Konkurrensverket har under de tolv år upphandlingsskadeavgift funnits ansökt om den maximala avgiften vid totalt åtta tillfällen och domstolen har därefter vid fyra av dessa tillfällen utdömt den maximala avgiften. Tre av dessa fall har rört samma part. Göteborgs Stad har mot denna bakgrund svårt att se att maxbeloppet är för lågt eller att det finns motiv för att fördubbla taket för avgiften, varför detta förslag avstyrks.

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

Göteborgs Stad hänvisar till vad som anfördes i Göteborgs Stads remissvar till *Konkurrensverkets promemoria med förslag till utvecklad reglering av upphandlingstillsynen (Fi2019/02619/OU)* då en förlängd preskriptionsfrist föreslogs. I svaret framgick följande.

”Konkurrensverket har vid ett flertal tillfällen påtalat att preskriptionstiden bör utökas till två år. Det argument som framförts är att flera otillåtna direktupphandlingar undgått Konkurrensverkets prövning på grund av preskriptionstiden om ett år. I *Överprövningsutredningen (SOU 2015:12)* bedömdes att det inte fanns tillräckliga skäl att utöka preskriptionsfristen. Det angavs att ansökningsfristens längd ska ge uttryck för en väl avvägd balans mellan upphandlande myndigheters och enheters behov av att inte under en alltför lång tid vara i ovisshet i fråga om påförande av upphandlingsskadeavgift och det allmännas intresse av att tillsynsmyndigheten på ett effektivt sätt kan genomföra sitt uppdrag att bedriva allmänpreventivt arbetet för att förhindra otillåtna direktupphandlingar.”

Göteborgs Stad anser inte att de skäl som nu anges för en förlängning av preskriptionstiden ändrar de bedömningar och avvägningar som tidigare gjorts avseende att ett år motsvarar en väl avvägd tid.

Överprövningsutredningen pekade också på möjligheten att omfördela resurserna hos Konkurrensverket. Det ovan nämnda förslaget om att ta bort ansökningskyldigheten för Konkurrensverket i vissa fall, skulle också kunna frigöra resurser till mer prioriterade ärenden, vilket också talar för att en förlängning av tidsfristen inte är nödvändig. Mot bakgrund av ovanstående avstyrker Göteborgs Stad förslaget om utökad preskriptionstid.

Om det ändå skulle anses nödvändigt att införa utökade befogenheter för Konkurrensverket anser Göteborgs Stad att en utökad preskriptionsfrist är att föredra framför förslaget om höjt maxtak för avgiften.

## **En möjlighet att besluta om förelägganden rörande riktlinjer bör införas**

I Statskontorets rapport *Offentlig direktupphandling. En utvärdering av 2014 års regeländringar (2022:6)* s. 21 visar myndighetens analys att nästan samtliga upphandlande organisationer år 2021 hade fattat beslut om riktlinjer för direktupphandling. Varken kravet på riktlinjer för direktupphandling eller det föreslagna kravet på att besluta om riktlinjer rörande skyldigheten att beakta vissa samhällsintressen som eventuellt kommer införas, innehåller något krav på hur omfattande riktlinjerna behöver vara eller vad de ska innehålla. Nyttan med att Konkurrensverket ska kunna förelägga upphandlande myndigheter att besluta om riktlinjer och förena ett sådant föreläggande med vite kan därför starkt ifrågasättas. Göteborgs Stad avstyrker förslaget.

## **Utredningsförelägganden bör kunna omfatta en vidare personkrets än i dag**

I promemorian föreslås att även leverantörer ska kunna föreläggas att lämna de uppgifter och handlingar till Konkurrensverket som myndigheten bedömer är nödvändiga inom ramen för sin tillsyn. Ett sådant föreläggande kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol. Göteborgs Stad noterar att de exempel som ges i promemorian avseende när detta kan aktualiseras torde beröra ett fåtal situationer och får vägas mot den eventuella inverkan det kan ha på viljan att som leverantör delta i en upphandling. Vilken eventuell inverkan förslaget skulle kunna få på leverantörers vilja att delta i offentliga upphandlingar behandlas inte i promemorian. Göteborgs Stad är visserligen något tveksam till om nyttan med förslaget överväger eventuella konsekvenser, men avstår från att ta ställning till om förslaget bör införas.

## **Utredningsförelägganden bör kunna förenas med vite**

Det är betydelsefullt att Konkurrensverket har möjlighet att bedriva en effektiv tillsyn för att kunna utreda otillåtna direktupphandlingar och andra överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Av promemorian framgår att det händer att tillsynsobjekten inte följer myndighetens begäran om information eller förhåller utredningen på olika sätt, vilket ibland sammanfaller med att fristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift är på väg att löpa ut. Även om en närmare utredning saknas om hur ofta denna problematik uppkommer ställer sig Göteborgs Stad ändå positiv till att komplettera nuvarande bestämmelse med vite och tillstyrker förslaget.

## **Omedelbart verkställa beslut**

I promemorian föreslås att utredningsförelägganden ska kunna förenas med vite. Dessa beslut om föreläggande kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol, vilket medför att det skulle kunna gå relativt lång tid innan Konkurrensverket får del av handlingarna. För det fall förslaget om att utöka preskriptionsfristen för upphandlingsskadeavgift till två år antas, torde dock Konkurrensverkets behov av utredningsförelägganden som ska gälla omedelbart minska. Göteborgs Stad anser trots detta att det kan vara motiverat att låta beslutet gälla omedelbart i de fall det föreligger en risk för att preskriptionsfristen för upphandlingsavgift är nära förestående, varför förslaget tillstyrks.

## **En möjlighet att meddela förelägganden för att lagen ska följas bör inte införas**

Göteborgs Stad har i ett tidigare remissvar avstyrkt att det införs en möjlighet för Konkurrensverket att kunna meddela förelägganden i syfte att säkerställa att lagstiftningen följs. Göteborgs Stad vidhåller den bedömningen och välkomnar därför förslaget om att inte införa en sådan möjlighet.

## **Ett samlat tillsyns- och sanktionskapitel**

Göteborgs Stad tillstyrker förslaget att samla bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och tillsyn i ett gemensamt kapitel då överskådligheten av bestämmelserna bedöms öka.

Göteborg den 15 juni 2022  
GÖTEBORGS KOMMUNSTYRELSE

Axel Josefson

Mathias Sköld