



Remissvar

2019-01-28
Regeringskansliet
Finansdepartementet

dnr Fi2018/02531/OU

Yttrande – SOU 2018:44 ”Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblere upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål”

1 Inledning

Finansdepartementet har gett Sveriges Offentliga Inköpare (SOI) möjlighet att inkomma med synpunkter på rubricerat betänkande. SOI anser att utredningen har utförts på ett kompetent sätt och att den fört frågan om bättre offentliga affärer framåt. Det finns dock ett antal grundläggande problem som inte löses av utredningens förslag. Av den anledningen vill SOI framföra följande synpunkter.

1.1 Allmänt

Regelverket om offentlig upphandling har sedan införandet av den första lagen om offentlig upphandling 1994, blivit mer och mer omfattande. LOU har därefter genomgått ett antal översyner utifrån att de bakomliggande EU-direktiven förändrats, eller på grund av andra anledningar. LOU fyller en viktig roll för såväl det offentliga som för privata företag, där de offentliga affärerna årligen omsätter närmare 700 miljarder kronor årligen.

Ett viktigt inledande konstaterande är att EU endast reglerar upphandlingar som överstiger de tröskelvärden som fastställts. För upphandlingar som understiger dessa tröskelvärden (1 365 782 kr för statliga myndigheter och 2 096 097 kr för kommuner, landsting och bolag, för varor och tjänster enligt LOU, 7 133 450 kr för välfärdstjänster samt 52 620 561 kr för byggtreprenader) är det upp till varje medlemsstat att ta fram egna regler för hanteringen, alternativt att inte ha några regler. Det är viktigt att Sverige tar tillvara på de möjligheter detta ger.

Sverige har sedan LOU:s introduktion valt att reglera även upphandlingar under tröskelvärdena på så sätt att annonsering alltid ska ske för upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen, som idag är 586 907 kr, men som tidigare har legat på väsentligt lägre nivåer. Samtidigt har andra länder, som t.ex. Danmark valt en annan väg, där upphandlingar under tröskelvärdena inte omfattas av en annonseringsskyldighet.

1.2 Om Sveriges offentliga inköpare

SOI är en medlemsorganisation vars ändamål är att aktivt verka för utveckling och effektivisering av den offentliga upphandlingen och hela inköpsprocessen. Detta sker bland annat genom att stödja medlemmarnas kompetensutveckling, bilda opinion, delta i debatter och remissyttranden. Viktiga inslag för att nå föreningens mål är engagemang och medverkan



i lokala, regionala och nationella nätverk samt genom dialog och samverkan med berörda myndigheter och branschorganisationer. SOI medverkar till att offentliga medel används på ett effektivt sätt. I dagsläget har SOI ungefär 1500 medlemmar som arbetar praktiskt med den offentliga affären.

1.3 Fortsatt professionalisering

SOI arbetar aktivt med frågor om inköpsorganisationens kompetens och professionalisering av den offentliga affären. SOI är dock en organisation som bygger på ideellt arbete och har därför begränsade resurser att genomföra ett större arbete än vad som sker. SOI är dock beredda att ställa de resurser och den kompetens som finns till förfogande för ett arbete som sker på ett nationellt plan, t.ex. på initiativ från regeringen, för att ytterligare lyfta dessa frågor och skapa en konkret effekthöjning. Oavsett var utredningens förslag resulterar i är ett sådant arbete nödvändigt.

1.4 Det saknas evidens om annonseringens effekter

Det saknas egentliga utredningar som ger svar på om annonseringsskyldigheten leder till positiva eller negativa effekter. Leder det faktum att alla upphandlingar över direktupphandlingsgränsen annonseras, till att det offentliga gör bättre affärer, eller till att konkurrensen mellan företagen förbättras? Det finns i dagsläget inte någon fakta kring hur det ser ut. SOI, som består av personer som dagligen genomför upphandlingar, har dock en lång och djup erfarenhet av att genomföra offentliga affärer och att arbeta tillsammans med privata leverantörer. SOI har genom detta arbete stöd för de förslag som framgår nedan. SOI ser det dock som viktigt att, oavsett vad utredningens förslag resulterar i, på allvar genomföra en studie med avseende på effekter av att genomföra, respektive inte genomföra, offentliga upphandlingar med annonsering.

1.5 Om utredningen

SOI vill poängtera att det i och för sig är SOI:s uppfattning att utredningen har utförts på ett kompetent sätt och att utredningen på ett sätt fört frågan om bättre offentliga affärer framåt. Det räcker dock inte. Utredningens förslag innebär i allt för stor utsträckning att man gräver där man står och befäster det nuvarande systemet. Som kommer att framgå av detta remissvar finns ett antal grundläggande problem som omfattar den offentliga affären. Dessa problem löses inte av de förslag utredningen föreslår. Förenklade upphandlingar riskerar i allt väsentligt att se likadana ut efter de föreslagna förändringarna, som de ser ut idag.

Om lagstiftaren menar allvar med att förbättra den offentliga upphandlingen och den offentliga affären, är det nödvändigt att gå en annan väg än vad utredningen föreslår.



2 Grundläggande problem/frågeställningar

2.1 Annonsering

En av de principiellt viktigaste frågorna att diskutera i samband med regelverket, är i vilken utsträckning en upphandlande myndighet ska annonsera de upphandlingar som genomförs. Som konstateras saknas fakta, eller åtminstone relevant fakta. Debatten präglas istället av att olika organisationer har en uppfattning åt det ena eller andra hållet. När man lyssnar på debatten såsom den förs av centrala organisationer får man lätt uppfattningen att det är omöjligt att få en rättvis eller bra konkurrens utan en öppen annonsering som alla kan ta del av via en annonsite.

SOI:s uppfattning, utifrån att representera dem som genomför upphandlingarna, är att en fri konkurrens på lika villkor är grundläggande för att göra bra affärer. Det finns dock inget som säger att en sådan konkurrens endast uppnås genom att upphandlingar annonseras. Samtidigt är det naturligtvis så att en annonsering ibland är det bästa alternativet. En lagstiftning som bestämmer att annonsering **alltid** är det bästa alternativet leder dock fel och skapar det system vi har idag.

2.2 Överdrivet fokus på formalia

Konkurrens är grundläggande för att göra bra offentliga affärer. För att göra ett professionellt inköpsarbete är det viktigt att bedriva ett aktivt arbete för att attrahera leverantörer att lämna anbud som motsvarar de behov den upphandlande myndigheten har. Detta aktiva arbete förutsätter en kunskap om och kontakt med marknaden där både den upphandlande myndigheten och leverantörerna deltar. Den offentliga affären kan dock aldrig reduceras till att handla om att leverantörer ska sitta och vänta på att annonser publiceras.

Vilka problem finns då med dagens system? SOI är inte ensam om att ha uppfattningen att den offentliga affären sedan många år har präglats av ett alltför stort fokus på formalia och på juridik. Utvecklingen inom den offentliga affären har under alltför många år drivits av jurister istället för av personer med kompetens inom affären. De diskussioner som förs handlar främst om regelverket och alltför sällan om effekterna av genomförda upphandlingar. Diskussionen har lyfts under de senaste 10 åren av ett antal aktörer, där SOI är en. Positiv utveckling saknas inte, men dagens system gör att det, trots diskussioner som mer och mer handlar om affärer och professionalisering, ändå är svårt att uppnå någon reell förändring. Innebär vad SOI säger att det inte går att göra bra affärer inom ramen för regelverket? Självklart inte. Regelverket i sig ställer inte upp några reella hinder mot bra affärer i sig självt. Problemet är med andra ord inte lagtexten, utan hur lagtexten har kommit att tillämpas av främst domstolar.

SOI menar, att det faktum att alla upphandlingar över direktupphandlingsgränsen måste annonseras, starkt har bidragit till det fokus på formalia och därmed på antalet överprövningar som sker. Fokus på annonsering har helt enkelt lett till att fokus samtidigt har minskat på affären. SOI måste dock samtidigt poängtera att konkurrensutsättningen som sådan är en grundläggande faktor för en god affär. Det måste dock inte ske genom annonseringar. Utifrån Upphandlingsmyndighetens statistik framgår även att det i en femtedel av de annonserade



upphandlingarna endast inkommer ett anbud. Det visar med all önskvärd tydlighet på att annonsering inte alltid är den bästa metoden.

Enkelt uttryckt är det lätt för en upphandlande myndighet att konstatera att man följt lagen - man har ju annonserat. Risken är då stor, enligt vår praktiska erfarenhet, att den upphandlande myndigheten då lockas till att ta den enkla vägen - dvs att hänvisa till att en annonsering har skett och att konkurrensen därmed har tillvaratagits och att, i och med att konkurrensen har tillvaratagits, den bästa affären har gjorts. Alla som deltagit i en offentlig upphandling som upphandlare eller som leverantör, vet dock att sanningen är mer komplex än så.

Konkurrensen är viktig, till och med grundläggande, men utan ett affärsmässigt utformat upphandlingsunderlag spelar annonseringen som sådan ingen som helst roll. En annonseringsskyldighet riskerar alltså, mot bakgrund av vad som anförs ovan, att skapa ett slags alibi. Den som annonserat sin upphandling kan alltid hänvisa att den gått till på det sätt lagstiftaren angivit - det blir därmed per (lagstiftarens) definition bra. Om det sedan är så att upphandlingen är riktad mot en viss leverantör, är inget som lyfts upp då det är svårt att såväl upptäcka som att klaga på.

Den offentliga affären behöver professionaliseras ytterligare! Många myndigheter, kommuner, landsting och offentligt ägda bolag gör redan idag bra affärer och arbetar på ett professionellt sätt med inköp och upphandling. Men det behövs mer. Det är genom professionaliseringen av den offentliga affären som vi kommer åt problem med att individer köper från ”kompisar” eller att upphandlingar riktas åt olika håll. När ett system finns, som ser ut på ett visst sätt måste man, om man vill ändra effekterna systemet skapar, ändra systemet radikalt. SOI är medvetna om att det kommer att uppstå problem på vissa håll om kravet på annonsering över dagens direktupphandlingsgräns slopas. SOI är dock samtidigt övertygade om att det enda sättet att på allvar öka professionaliseringen inom området är att slopa annonseringskravet för att istället fokusera på den hårda kärnan - samhällsnytta för skattemedel.

Låt oss då konstatera att det i och för sig inte finns någon motsättning mellan en professionalisering och annonseringskravet. Men det är på det teoretiska planet. I praktiken kommer kravet på annonsering i **alla** upphandlingar att medföra fel fokus, men även ta tid från inköpsorganisationen. Tid som annars hade kunnat användas för att utveckla yrkesrollen för att tillvarata konkurrensen på andra sätt än genom annonsering.

En offentlig organisation uppträder i flera roller. En roll handlar om myndighetsutövning. En annan roll uppstår i den offentliga affären. Dessa roller skiljer sig åt, men har ändå en gemensam grund. Den offentliga organisationen förväntas uppträda sakligt och objektivt, oavsett vad den gör. Ändå ser vi situationer där så inte sker. Låt därför reformerade regler för upphandling under tröskelvärdet, ett område Sverige råder över själva, ta sin utgångspunkt i just en av den offentliga organisationens grundläggande frågor – ökad samhällsnytta för skattepengar.



Det finns flera positiva effekter av att betrakta den offentliga upphandlingen på det sätt SOI gör. Genom att använda rätt metod för rätt affär, kommer transaktionskostnaderna alltid att bli rätt i förhållande till affärens värde och den upphandlande myndighetens behov. Det leder till att den upphandlande myndigheten lättare kan använda sina resurser till de upphandlingar (förmodligen större) som behöver göras, istället för att stora delar av resurserna går åt till att hantera mindre annonserade upphandlingar.

När fokus minskar på formalia och annonsering, ökar även möjligheterna att fokusera på nyttan för den upphandlande myndigheten. Det blir helt enkelt lättare att föra en diskussion om verksamhetens utmaningar, då man inte behöver förhålla sig till att en annonsering **måste** äga rum.

Som framgått ovan är det även SOI:s erfarenhet att ett annonskrav leder till en passivitet från leverantörerna, där man väntar på en annons, snarare än att bedriva ett aktivt dialogarbete mot upphandlande myndighet. SOI:s erfarenhet är även att annonseringen skapar en känsla hos vissa leverantörer att den offentliga affären är en slags rättighet, vilket i sin tur driver utvecklingen mot ett juridiskt håll istället för mot verksamhetsutveckling och nytta för både köpare och leverantör.

3 SOI:s förslag om nya regler

3.1 Inledning

Som angivits ovan är det viktigt med en förändring. SOI:s förslag¹ har ett antal grundläggande utgångspunkter.

- Minskad formalia för alla parter minskar transaktionskostnader för både upphandlande myndighet och för leverantörerna,
- Lägre transaktionskostnader leder till ökad konkurrens,
- Bättre konkurrens leder till bättre förutsättningar för affären,
- Minskad formalia leder till mer tid för att utveckla affären, föra dialog med marknaden och att söka innovativa lösningar,
- Färre regler innebär att det inte längre är en tävling om det bäst formulerade anbudet, utan om den bästa affären,
- Upphandlare och offentliga organisationer kan ta ansvar. Detaljerade regler leder inte till ett större ansvar utan leder snarare till ett fokus på att inte göra fel.

3.2 Portalparagrafen

För att ta frågan framåt har SOI tagit fram ett eget förslag på lagreglering för offentlig upphandling under tröskelvärdet. Förslaget bygger på den viktiga utgångspunkt som återfinns i bl.a. kommunallagen. I SOI:s portalparagraf uttrycks detta enligt följande.



”1 § Offentliga affärer ska ske utifrån den upphandlande myndighetens eller enhetens behov, för att säkerställa en god ekonomisk hushållning samt för att den upphandlande myndighetens mål ska kunna uppnås.”

Samtidigt som lagstiftaren ger en mycket tydlig signal till såväl den som gör upphandlingar som till leverantörerna, kan varje upphandlande myndighet anpassa tillämpningen till sina egna förutsättningar. Portalparagrafen öppnar även upp för bättre förutsättningar för dialogen där leverantörerna bör få enklare att prata affärer med de upphandlande myndigheterna, d.v.s. att prata om vad som ger en god ekonomisk hushållning, hur den upphandlande myndighetens mål ska kunna nås, och hur leverantören kan bidra till detta på ett så bra sätt som möjligt. Även om allt inte kommer att fungera perfekt, och även om vissa upphandlande myndigheter eller för den delen leverantörer inte kommer att vara intresserade av att diskutera dessa frågor, kommer en sådan lagreglering att vara viktig för den långsiktiga förändring från formalia till affärer och fokus på nytta som är nödvändig.

En invändning mot den portalparagraf SOI föreslår i den del den handlar om att få ökad samhällsnytta för skattemedel, skulle kunna vara att en sådan bestämmelse är tandlös och inte kan prövas i domstol. Det stämmer att den inte kan prövas i domstol och att den mycket väl kan vara tandlös. Det är dock viktigt för förståelsen att poängtera att SOI inte lägger förslag utifrån möjligheter att gå till förvaltningsrätten och få en dom på att göra om en upphandling. Som framgått av SOI:s remissvar ovan, är det SOI:s övertygelse att regelverket om den offentliga upphandlingen behöver revideras på ett ingripande sätt.

Det har även framgått att dagens regler med annonsering, per definition inte leder till goda affärer. Istället är det den grundläggande förståelsen för varför vi gör offentliga upphandlingar/affärer som behöver adresseras. Det må vara så att en skrivning i en lagtext, som saknar sanktioner i domstol, har ett begränsat juridiskt värde. Syftet med en sådan skrivning är dock att visa på lagstiftarens vilja att se bortom lagen och istället fokusera på effekten. Om lagstiftaren **inte** säger något om syftet med lagen, kommer fokus fortsätta vara på formalia. Om lagstiftaren å andra sidan uttrycker tydligt varför regelverket finns, kommer den som tillämpar regelverket att kunna få ett tydligare stöd för sitt arbete att göra bra affärer.

3.3 Grundläggande principer

Det räcker såklart inte med en portalparagraf på det här sättet. Förutom att ge stöd till den som tillämpar lagen och som vill bort från fokus på formalia, bör den attrahera de leverantörer som gör affärer som affärsmän(personer) och inte genom jurister. Den är därmed en grundbult i den förändring som pågår, och som behöver fortsätta. Formuleringen ger även stöd för t.ex. Upphandlingsmyndigheten att på allvar adressera sitt uppdrag att bidra till bra affärer. Myndigheten har visserligen tagit fram en del stödmaterial kring affärsfrågor, men fokus ligger fortfarande mer på juridiken än på andra, mer nyanserade, frågor. Ett tydligare syfte med lagen, skulle göra det enklare för även UHM att bidra med stödinsatser för att utveckla affären.



Som framgår av SOI:s förslag lyfts även de grundläggande principerna som gäller för upphandling över tröskelvärdena fram tydligt.

”2 § All upphandling ska ske med beaktande av principerna om icke diskriminering, likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.”

Som SOI har sett det, vilket har bekräftats av HFD (mål 3830–17) gäller de grundläggande principerna för alla upphandlingar oavsett värde. Den upphandlande myndigheten ska vara transparent, ställa proportionerliga krav och behandla alla lika från första kronan. HFD bekräftar i nämnda dom att så är fallet, men även att man behöver förhålla sig olika till vad som är t.ex. transparens beroende på om upphandlingens värde är 200 000 kr eller om det är 2 000 000 kr. HFD tar en pragmatisk utgångspunkt för sitt resonemang och SOI delar HFD:s syn på hur tillämpningen av de grundläggande principerna ska vara. HFD:s dom är en bra bekräftelse på att SOI:s lagförslag fungerar i praktiken. Den innebär även att de nationella principer som föreslås av utredningen i deras kap 19a, blir överflödiga.

3.4 Konkurrensutsättning

SOI föreslår att det ska vara upp till den upphandlade myndigheten att välja form för konkurrensutsättning. I SOI:s lagförslag är detta uttryckt enligt följande:

”3 § Upphandlingen ska ske så att marknadsmässiga villkor uppnås. Detta innebär att:

- En marknadsundersökning genomförs och en leverantör tillfrågas, eller
- Minst två leverantörer tillfrågas, eller
- Annonsering sker på den upphandlande myndighetens hemsida eller i allmänt tillgänglig databas, eller
- Ett annat sätt för att uppnå en med hänsyn till upphandlingens värde, aktuell bransch och den upphandlande myndighetens behov, används som på ett tillräckligt sätt tar tillvara konkurrensen.”

Det innebär att det är den upphandlande myndigheten som själv bestämmer om affären ska annonseras, eller om den inte ska annonseras, hur man bäst använder konkurrensen för att uppnå det eftersträvade målet. Det kan till och med vara så att den upphandlande myndigheten endast tillfrågar en särskild leverantör, eftersom man genom en analys av marknaden och den upphandlande myndighetens behov kommer fram till att en viss leverantör är den bästa. Det kan även vara så att värdet är så pass lågt att det inte motiverar en konkurrensutsättning med tanke på transaktionskostnaderna. Den upphandlande myndighet som inte har rätt kompetens inom inköpsområdet, kommer troligen att behöva genomföra sina upphandlingar genom öppna annonser. Den som däremot har en professionell inköpare eller till och med inköpsorganisation kommer att kunna effektivisera sina inköp genom att anpassa formen för respektive inköp, till vad som är bra i det enskilda fallet.



En fråga som diskuterats ovan, och som även kommit upp i olika debatter är om inte SOI:s förslag leder till att olika offentliga organisationer lockas att teckna avtal med befintlig leverantör, utan att det egentligen är det bästa utifrån vare sig behov eller konkurrenssituation, utan istället för att det är enkelt. Eller till och med för att gynna en "favorit". Att så kommer att ske i vissa fall är nog relativt enkelt att förutse. Vissa upphandlande myndigheter, eller individer hos desamma kommer att välja att bortse från de positiva effekter en sund konkurrens leder till. Utifrån att arbeta praktiskt med dessa frågor, vågar SOI dock påstå att dessa individer inte gör bättre affärer med ett krav på annonsering. De kommer i många fall utforma upphandlingen på ett riktat sätt, eller att välja att genomföra en riktad direktupphandling, trots att beloppet överstiger direktupphandlingsgränsen.

Många av dessa affärer är gjorda på ett lagligt sätt enligt LOU, men innebär ändå ett stort problem. Med det förslag utredningen har lagt, kommer ingenting att hända i denna del. De affärer som genomförs på det här sättet idag, kommer även att ske imorgon. Det är helt enkelt inte en fråga för LOU att lösa, utan handlar om intern styrning och kontroll, samt om att få alla offentliga tjänstepersoner att förstå vilken roll de har och ansvaret över skattemedel. Denna bild bekräftas tyvärr från tid till annan genom reportage i media, där det inte sällan handlar om offentlig upphandling, men där problemet sällan är själva annonseringen, utan istället andra frågor eller beteenden.

I det här sammanhanget är det även värt att hänvisa till Tillitsdelegationen, som redogjort för och arbetar med de positiva effekter som en tillitsbaserad styrning och ledning kan leda till. I sitt betänkande SOU 2018:47, berörs den s.k. välfärdssektorn, men samma principer är enligt SOI:s uppfattning tillämpbara även inom övriga delar av den offentliga sektorn.

Det bör även noteras att närliggande länder, t.ex. Danmark har ett system för upphandlingar under tröskelvärdena som bygger på att dessa upphandlingar inte behöver annonseras. Trots detta hamnar Danmark bättre än Sverige i internationella undersökningar om korrupcion (se till exempel Transparency Internationals index.ⁱⁱ).

SOIs förslag utgår, som framgått ovan, från att vända på diskussionen från formalia, till affär och nytta. Det innebär att medvetenheten om att inköp skapar nytta och mervärde om de genomförs korrekt ökar. Det innebär även att medvetenheten om att dåliga inköp, där konkurrensen inte nyttjas, leder till väsentligt högre kostnader, eller sämre nytta, ökar. Det finns idag ingen offentlig organisation som upplever att man har för mycket pengar. Samtidigt står alla delar av samhället inför olika utmaningar. Utmaningar som i många fall är stora och som kan handla om en åldrande befolkning, brottslighet, skola eller annat.

SOIs förslag bygger även på att leverantören har skyldigheter att aktivt ha kontakt med och bearbeta de upphandlande myndigheter man vill göra affärer med. SOI vet, genom sin praktiska erfarenhet, att om de leverantörer som är intresserade av vissa organisationer kontakter dessa organisationer och om de upphandlande myndigheterna genom marknadsundersökning eller på annat sätt, kontakter leverantörer, kommer möjligheterna till bra affärer att öka dramatiskt. Den upphandlande myndigheten kan då fokusera på vad man vill uppnå, istället för att fokusera på att sätta upp en gräns för vem som inte ska få leverera.



Den upphandlande myndigheten kan då lägga all energi på sin kravspecifikation, och veta att den som läser underlaget och lämnar ett anbud, gör det utifrån att den leverantören vill bidra till den goda ekonomiska hushållningen och den upphandlande myndighetens målsättningar. För den upphandlande myndighet som sedan är osäker på marknaden, eller som vill säkerställa att alla leverantörer får möjlighet att konkurrera, finns annonseringen alltid kvar som ett möjligt alternativ.

SOIs medlemmar har haft möjlighet att ge sin uppfattning i frågan om annonsering eller ej genom den medlemspanel som alla medlemmar har möjlighet att delta i. Resultatet visar på att en klar majoritet av de som svarat är positiva till att slopa kravet på annonsering.

En effekt som kan inträffa med SOIs förslag på slopad annonsering är att det blir enklare för små- och medelstora företag eller för den idéburna sektorn att göra affärer med det offentliga. Det blir samtidigt enklare för det offentliga att använda sig av de fördelar som ibland finns med lokalt förankrade leverantörer. Rätt utnyttjat, kommer det att vara en möjliggörare för såväl den lokala som nationella tillväxten.

3.5 Dokumentation och val av leverantör

SOIs krav på dokumentation, leder till att den leverantör som önskar, har möjlighet att begära ut informationen inför kommande affärer, eller för att undersöka om den upphandlande myndigheten följt (t.ex.) de grundläggande principerna.

”4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska dokumentera upphandlingen i tillräcklig omfattning för att kunna visa att upphandlingen uppfyller kraven i denna lag.

För kontrakt som omfattas av bilaga 2 i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och som överstiger 1 000 000 EUR ska den upphandlande myndigheten i den mån den inte omfattas av Arkivlagen och/eller Tryckfrihetsförordningen, åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt och ge tillgång till dessa med undantag för uppgift i ett kontrakt om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende som inte får lämnas ut. Samma sak gäller för uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.”

Dokumentationen är även grundläggande för att förebygga korruption, genom att alla relevanta handlingar är öppna och tillgängliga.

Det är även viktigt att den upphandlande motiverar sitt val av leverantör och att detta är en del av dokumentationen. Beslutsmotiveringen är en viktig del av att skapa ett förtroende för den upphandlande myndigheten. I SOIs lagförslag är detta uttryckt enligt följande.

”5 § Den upphandlande myndigheten ska motivera sitt beslut om val av leverantör.”



3.6 Riktlinjer

För att säkerställa att den upphandlande myndigheten agerar på ett medvetet sätt och för att lyfta frågan om vilka effekter och vilken nytta de offentliga affärerna kan bidra med, vill SOI att den upphandlande myndigheten ska ta fram riktlinjer för upphandlingar under tröskelvärdena. Eftersom den offentliga affären rör stora värden, är det SOIs uppfattning att de riktlinjer som tas fram bör beslutas högt upp i den upphandlande myndighetens hierarki.

”6 § Den upphandlande myndigheten ska besluta om riktlinjer för upphandling enligt denna lag som beskriver processen för inköp och upphandling, dokumentation och beslutsfattande för upphandling.

7 § Den myndighet som inte har beslutade riktlinjer enligt 6 § ska följa reglerna för upphandling i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, även om värdet av upphandlingen understiger det tillämpliga tröskelvärdet.”

Den som inte tar fram riktlinjer ska, i SOIs förslag, vara tvungen att följa reglerna över tröskelvärdena för alla upphandlingar oavsett värde. Det skapar en påtryckning att ta fram riktlinjer. Riktlinjer som sedan kan begäras ut från leverantörshåll och som kan användas för en diskussion inför kommande affärer. Det visar också att den upphandlande myndigheten tar ansvar och att det är enklare för medborgarna/skattebetalarna/uppdragsgivare att påverka den upphandlande myndighetens arbete i en positiv riktning. Det skapar även förutsättningar för att utveckla riktlinjerna för upphandling så att de ligger i linje med samhällsutvecklingen i övrigt.

3.7 Överprövning

Som framgår av SOIs lagförslag finns även regler om överprövning, då SOI utformat sitt förslag som en fristående lag. Med de bestämmelser som redogjorts för ovan är det SOIs övertygelse att det offentliga står bättre rustat för att göra bra affärer, som skapar nytta och som förbättrar såväl ekonomi som verksamhet. Med rådande diskussionsklimat, där det närmast får uppfattas som en sanning att annonserade upphandlingar är det enda som säkerställer goda affärer, är det inte troligt att SOIs förslag resulterar i verklighet. Om så är fallet är det synd. Sverige försitter i sådant fall möjligheten att ta nästa steg. SOI vill påminna om att flera andra länder har en reglering som liknar den av SOI föreslagna. Dessa länder ligger, som i exemplet Danmark, bättre till på korruptionsindex än vad Sverige gör, har endast en tiondel av Sveriges överprövningar och det finns inget som tyder på att den danska modellen leder till sämre affärer. Fördelarna med att ändra synsättet på den offentliga affären, överstiger därmed de potentiella nackdelarna.

Antalet överprövningar är i sig inte den relevanta frågan. Utredningen har tyvärr fått fel förutsättningar, vilket gör att förslagen inte kommer att leda till någon förbättring. Det är störningarna för verksamheten och för marknaden som är det viktiga. En överprövning av en upphandling tar för lång tid och får stora konsekvenser för verksamheten då man inte sällan



lamslås under tiden för överprövningen eller åtminstone hamnar i en situation där en otillåten direktupphandling måste ske, samtidigt som villkoren för affären inte sällan blir sämre. Det fokus SOI har, d.v.s. affärer före formalia, kommer sannolikt att leda till ett ökat förtroende mellan köpare och leverantörer och mindre fokus på juridiken. Det leder i sin tur troligen till färre överprövningar, vilket gör att domstolarna då kan avgöra de mål som ändå kommer in, snabbare än idag.

Utredningens förslag om processkostnader m.m., missar därför målet och kommer inte att förändra frågan om överprövningar i positiv riktning.

4 Synpunkter på utredningens förslag

4.1 Inledning

Som framgått är det SOIs uppfattning att det är SOIs förslag som bör genomföras. Det är även SOIs uppfattning, att utredningens förslag i delar är bättre än dagens lagstiftning. Med det sagt, saknas det inte frågor att kommentera eller där det är motiverat att ha en avvikande uppfattning.

4.2 Beräkning av tröskelvärden och tillämpningsområde

Det är positivt att utredningen endast använder en beräkningsregel, d.v.s. den i 5 kap LOU istället för som idag, där det är en beräkningsregel över och en under tröskelvärdena.

Utredningen föreslår ett belopp för direktupphandling på 600 000 kr. Som framgått, är SOIs uppfattning att det inte behövs en särskild direktupphandlingsgräns, utan att samma regler ska gälla för alla upphandlingar under tröskelvärdena. Utredningen har själva uttryckt att man i denna del har varit styrd av direktivet. Det framstår som att även utredningen hade valt att höja direktupphandlingsgränsen om man haft möjlighet. Även de nya reglerna om upphandling av s.k. välfärdstjänster talar i denna riktning. För denna typ av tjänster får direktupphandling redan idag ske till ett belopp upp till 1 991 766 kr (även om det inte uttrycks som "direktupphandling" utan som undantag för annonseringsskyldighet). Den upphandlande myndighet som kan hantera direktupphandling av sådana tjänster upp till knappt 2 miljoner kr, kan hantera direktupphandling inom vilket område som helst upp till detta belopp.

Om det ändå skulle beslutas att ha kvar en direktupphandlingsgräns, är det SOIs uppfattning att den precis som idag ska vara rörlig för att hantera t.ex. inflation.

4.3 Frågan om val av förfarande

SOI har i och för sig inget att invända mot utredningens förslag gällande en ökad frihet att ta fram egna upphandlingsförfaranden. Frågan är dock hur stor praktisk betydelse detta kommer att få. I och med att kravet på annonsering kvarstår, är det en stor risk för att det kommer att vara svårt att ta fram metoder för upphandling som är annorlunda än idag. Det är även sannolikt att den överprövningskultur som kommit att växa fram, åtminstone inom vissa branscher, gör att upphandlaren s.a.s. tar den enkla vägen och använder standardförfarandet. I och med att förslaget i grund och botten är bra, vill SOI dock tillstyrka det, men konstaterar



att det behöver kombineras med kunskapshöjande insatser. SOI ser det dessutom som mer eller mindre nödvändigt att ge Upphandlingsmyndigheten eller någon annan aktör, i uppdrag att ta fram en databas som samlar de nya metoder för att genomföra upphandlingar som kommer fram, så att var och en får tillgång till de idéer som växer fram på andra upphandlande myndigheter. Detta är en helt annan fråga än att ge råd i juridiska frågor, men långt viktigare. Det krävs visserligen inget regeringsuppdrag för detta, men för att vara säker på att det sker, skulle SOI se det som positivt.

4.4 Anbud i grupp och tillgång till andra företags kapacitet

För upphandlingar under tröskelvärdena ser SOI det som naturligt att den upphandlande myndigheten själv får avgöra om uppdraget ska utföras av anbudsgivaren själv, eller om det är acceptabelt att anbudsgivaren anlitar annan, eller använder annans kapacitet. Det ska sägas att det i de flesta fall inte finns sådana behov, men att det bör vara upp till den upphandlande myndigheten, främst utifrån principen om proportionalitet, att ställa upp sådana krav.

SOI baserar sitt resonemang på att det i vissa affärer är bättre att teckna avtal med den leverantör som sedan ska leverera, istället för t.ex. en konsultmäklare. Skälen kan finnas i en analys av t.ex. säkerhet, robusthet, eller i den komplexitet som långa underleverantörskedjor skapas utifrån bl.a. ett uppföljningsperspektiv.

4.5 Dialog i en upphandling

I utredningen har man valt att använda ”dialog” som nytt begrepp. Syftet får antas vara att peka på de möjligheter som finns att föra dialog med marknaden under olika faser och till och med under det annonserade förfarandet, det som idag sker genom förhandling. Återigen är utredningens syfte bra och SOI delar uppfattningen att dialog är både viktigt och nödvändigt. Även om dialog har blivit mer och mer accepterat och använt de senaste åren, finns det fortfarande potential att använda detta mer. SOI ser det dock som fel väg att föra in ett nytt begrepp i lagen. Risken är stor att ett nytt begrepp kommer att leda till tolkningsdiskussioner där det, med dagens juridiskt inriktade diskussioner, riskerar att bli många diskussioner och där resultatet kan bli ett annat än det eftersträfvade. Utifrån ett förenklingsperspektiv är det därför enligt SOIs mening, bättre att behålla befintliga begrepp, såsom ”förhandling”.

4.6 Frågan om komplettering m.m.

Frågan om förtydliganden och kompletteringar är en av de frågor som skapar mest problem under kvalificering och utvärdering av anbud. Att komma tillrätta med detta vore därför till stor nytta för både upphandlande myndigheter och leverantörer. Utredningens ansats och tanke är i och för sig god. Med utredningens förslag skapas dock en otydlighet, med nya frågor om gränsdragning. För att inte hamna i en situation där domstolarna vidmakthåller dagens strikta syn, behövs mycket tydliga uttalanden i en kommande proposition som klargör att en icke ifylld e-postadress aldrig kan leda till uteslutning, även om den uttryckts som ett krav, att en icke inlämnad produktbroschyr som redan finns i tryck inte kan leda till uteslutning även om det uttryckts som ett krav att en sådan ska inges. Exempler behöver i propositionen vara flera och SOI bidrar gärna ytterligare i detta arbetet.



Grunden för när en komplettering eller ett förtydligande måste vara situationen då kompletteringen på riktigt påverkar konkurrensen. Lagstiftaren behöver tydliggöra detta, samtidigt som det tydliggörs att det är den som klagat på ett förtydligande/komplettering, som har bevisbördan för att konkurrensen påverkats. Att enbart hänvisa till att det är ett krav och att det inte är uppfyllt ska inte räcka. Genom en sådan tydlighet, kommer alla inblandade aktörer att vinna. Alla utom den leverantör som klagat på formaliabristen. Enligt SOIs uppfattning är just den leverantörens skyddsvärde i just den situationen dock synnerligen begränsat.

4.7 Onormalt låga anbud

SOI får konstatera att det tyvärr inom flera branscher är vanligt förekommande med låga priser. Priser som ofta inte har någon förankring i verkligheten och som tillkommer efter taktiska, och många gånger icke-affärsmässiga överväganden. Med SOIs förslag, som kommer att leda till en bättre affärsmässighet, kommer låga anbud att vara mycket sällsynta. Det förslag som lämnas, är i och för sig väl utformat. Med SOIs förslag, skulle det dock vara möjligt för den enskilda upphandlande myndigheten att, för de branscher där det är relevant, ställa upp egna och med mer långtgående regler kring onormalt låga anbud.

4.8 Föreslagna regler om direktupphandling

De av utredningen föreslagna reglerna om direktupphandling, liknar i viss mån SOIs förslag. SOI får dock konstatera att utredningens förslag inte innehåller de förslag SOI har om ekonomisk hushållning m.m.

Utredningen har föreslagit en regel om täckningsköp i händelse av en överprövning. SOI ser i och för sig positivt på detta förslag, men föreslår att "tillgodose ett angeläget behov" i bestämmelsens första stycke ersätts av "tillgodose ett behov", d.v.s. att ordet "angeläget" stryks. Effekten kommer annars bli att "angeläget" kommer att angripas och där man i vissa fall kommer att anse att det krävs en viss grad av objektiv angelägenhet. Domstolarna kommer sannolikt att anse att så är fallet, vilket innebär en begränsning.

Utredningens egen uppfattning är att reglerna om täckningsköp i de flesta fall inte kommer att kunna tillämpas då utredningens tolkning är att den genomförda (överprövade) upphandlingen ska räknas in i värdet för täckningsköpet. Utredningen måste i denna del ha gjort en felbedömning. I dagens lagstiftning ska direktupphandlingar räknas samman med andra direktupphandlingar. Låt denna beräkningsgrund vara kvar, med följden att de täckningsköp som sker, beräknas för sig själva och inte sammanräknat med den överprövade upphandlingen.

Vad gäller de nationella principerna som föreslås av utredningen, är de mot bakgrund av HFDs avgörande (mål 3830-17) enligt SOIs uppfattning överspelade. De grundläggande principerna gäller för alla upphandlingar oavsett värde, men ska tillämpas i relation till upphandlingens värde.



5 Avslutning

Den som vill åstadkomma en förändring av ett djupt rotat beteende, måste göra en radikal förändring. Inom området offentlig upphandling handlar det om att ta bort kravet på annonsering. En sådan förändring kommer troligen att leda till ett ökat fokus på affärer och nytta för de skattemedel som används för att köpa varor, tjänster och entreprenader.

SOIs förslag förutsätter upphandlande myndigheter som är kompetenta och vet hur man gör affärer. Det sätter fokus på frågan om såväl kompetens som organisation. Utifrån det faktum att det offentliga köper för närmare 700 miljarder kr varje år, är en sådan professionalisering nödvändig. Frågan om kompetens har diskuterats under många år och mycket har hänt. Vi väntar dock fortfarande på den stora förändringen. Den förändringen kan komma i och med antagandet av SOIs förslag.

Konkurrensen är grundläggande för den goda affären. Annonsering är det ibland, men inte alltid. Låt den professionelle inköparen och den enskilda organisationen ta ansvar för de skattemedel som förvaltas och utveckla affären tillsammans med leverantörerna.

Sveriges Offentliga Inköpare

Emma Breheim

Ordförande

ⁱ www.soi.se/lag

ⁱⁱ https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017