

Är vi i det offentliga dåliga på att göra affärer?

...och i så fall – är det LOUs fel?

Hur kan vi bli bättre?

Malmö den 17 april 2024

Vem är jag?

Erik Odsell

Jurist med dubbla examina i juridik.

Nuvarande tjänst: Upphandlingsjurist i Lunds kommun

Centralt placerad vid Kommunkontoret med övergripande uppdrag för hela kommunen.

10 års erfarenhet av offentlig upphandling vid statlig myndighet och kommun. Dessförinnan arbetat med affärsjuridik inom privat sektor – framförallt inom immaterialrätt.

LOU – Djävulens påfund som medför ”dåliga affärer”?



BYGGINDUSTRIN Meny ☰

Affärer i byggsektorn

Brett missnöje med LOU i branschen

Publicerad: 8 februari 2023, 12:21

Sanna Wallerstedt, jurist och sekreterare i Byggföretagens LOU-utskott.

The screenshot shows a news article from 'BYGGINDUSTRIN'. The header includes the site name and a menu icon. The sub-header is 'Affärer i byggsektorn'. The main headline is 'Brett missnöje med LOU i branschen'. Below the headline is the publication date 'Publicerad: 8 februari 2023, 12:21'. There are two images: one of a construction site with cranes and another of a woman, Sanna Wallerstedt. A caption below the images identifies her as 'Sanna Wallerstedt, jurist och sekreterare i Byggföretagens LOU-utskott.'

DEBATT

LOU fördyrar med 100 miljoner kronor varje år

2022-02-17

The screenshot shows a news article from a 'DEBATT' section. The headline is 'LOU fördyrar med 100 miljoner kronor varje år'. Below the headline is the date '2022-02-17'. A small image of a person's head is partially visible at the bottom.

Massivt missnöje med LOU

40 procent av kommunerna tycker att lagen om offentlig upphandling fungerar dåligt. Men it-bolagen är ännu mer missnöjda med hur lagen fungerar, enligt en stor undersökning.

Gör det offentliga dåliga affärer?

”Debatten” är mer aktuell än på länge!

...och i så fall, beror vår oförmåga på LOU?



Jakob Stenberg

jakob.stenberg@tn.se

Publicerad: 31 jan 2024, 15:43

Uppdaterad: 2 feb 2024, 07:06

DEBATTEN OM OFFENTLIGT SLÖSERI

Så avslöjar han rekordslöseriet – ”Kan spara minst 90 miljarder”

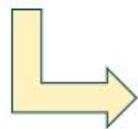


Jens Nylander Bild: Mostphotos, Michael O'Donnell, Anders Wiklund/TT

Entreprenören Jens Nylanders nya AI-databas över fakturor inom kommuner och regioner blottlägger felaktigheter i miljardklassen. Om företagare agerat på samma sätt hade det varit straffbart, menar han. ”Jag blev skrämmd när jag började inspektera hur betalkort används”, säger han till TN.

Syftet med lagen om offentlig upphandling

- Närbesläktat med konkurrenslagstiftningens syfte



Om offentlig upphandling

Offentlig upphandling är den process som offentliga organisationer använder för att göra inköp. Det finns regler för hur detta ska gå till. Offentlig upphandling kan också användas för att bidra till hållbar samhällsutveckling.

Ska värna om skattemedlen och säkra sund konkurrens

Offentlig upphandling ska säkerställa att organisationer inom offentlig sektor öppnar upp sina inköp för konkurrens. Detta så att skattemedel används så effektivt som möjligt och företag inom EU kan göra affärer med offentlig sektor på lika villkor.

Vid upphandlingar till större värden, där det finns en skyldighet att annonsera, får allmänheten också ökad insyn i vad som sker och hur deras skattemedel används. Det blir med andra ord lättare att kontrollera att inköpen sker på affärsmässiga grunder och inte personliga.

Genomsyrar de grundläggande principerna

- Likabehandlingsprincipen ★
- Transparensprincipen ★
- Proportionalitetsprincipen
- Principen om icke-diskriminering (nationalitet)
- Principen om ömsesidigt erkännande (EU)

Tar primärt sikte på upphandling **inför** ett avtal men
fyller fortsatt en funktion även under avtalet

Reglerna om vilka ändringar som kan genomföras i offentligt
upphandlade kontrakt – men vi kommer tillbaka till det lite senare...

Vi backar bandet lite innan vi går in på vad som står i LOU...

Osunt mycket fokus på just **upphandlingsfasen** när det gäller offentliga affärer.



Inte konstigt med tanke på:

- Lagen om offentlig **upphandling**
 - **Upphandlare**
 - **Upphandlingsjurist**
 - **Upphandlingschef**
- O.S.V...

**Om vi nu inte ska fokusera
så mycket på "LOU"
– vad bör då vara fokus?**

Affärer, affärer, affärer!

Tänk om vi istället skulle prata om:

- Lagen om offentlig **upphandling**
- **Upphandlare**
- **Upphandlingsjurist**
- **Upphandlingschef**
- O.S.V...



- Lagen om offentliga **affärer**
- **Affärsförvaltare** eller **Affärsansvarig**
- **Affärsjurist**
- **Affärschef**

Det är under avtalet det händer

- En **god affär** och en lyckad upphandling effektueras under avtalet.
- Vi kan skriva hur ”bra” krav och villkor som helst men det betyder ju ingenting om det inte också efterföljs och upprätthålls under avtalet.
- Inte sällan sammanställer vi i offentlig sektor statistik gällande vilka krav som har ställts i upphandlingsdokumentet – inte minst inom hållbarhetsområdet – men; att ett krav är ställt är ju inte detsamma som att det upprätthålls under avtalet. Risken är snarare överhängande att kravet inte upprätthålls om det inte följs upp.

Om vi följer upp **hur mycket krav vi ställer snarare än att följa upp i vilken utsträckning kraven följs** under avtalet skapar vi allt som oftast ett beteende där vi snarare jagar statistik än jagar effekten av kravet .

Traditionell offentlig upphandling vs Offentlig affär

Upphandlingsprocesser i offentlig sektor beskrivs ofta som en linjär process

Traditionell upphandling

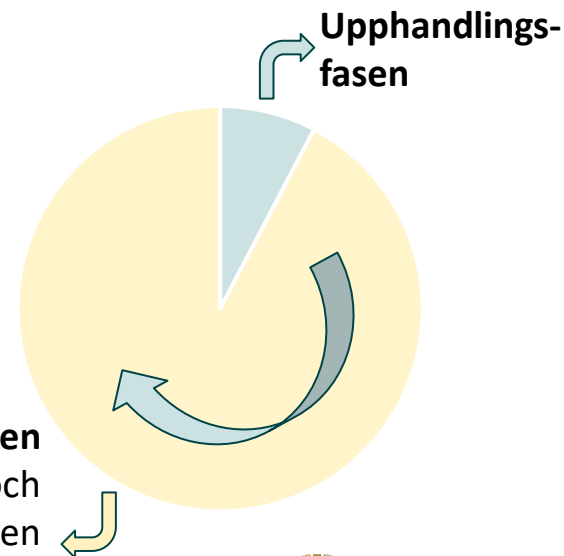
Tidigare avtal löper ut -> Ref.gr. sätts ihop -> Upphandling författas ->
Upphandling annonseras -> Anbudstid/frågor och svar ->
Anbudsprövning/utvärdering -> Tilldelning av kontrakt -> Avtalsspärr ->
Avtal tecknas -> Alla andas ut och tänker nu slipper jag det här under 4 år...

Offentliga affärer ska **inte vara linjära processer**
– det är **cirkulära processer**.

Avtalstiden

Under avtalstiden bör "ref. gr." fortsatt ha en aktiv roll i förvaltning och uppföljning. Det medför en kontinuerlig analys av kvalitet, leverans, pris men också en kontinuerlig behovsanalys inför nästa upphandling. Då blir upphandlingsdelen i affären mycket enklare och mindre tidskrävande. Avtalet ska konsekvent följas upp på både en operativ nivå och en strategisk nivå.

"Cirkulära" affärer



Om nyckeln till den goda affären är förvaltning och uppföljning av våra avtal, varför är det så svårt att få till?

Den offentliga ekonomimodellen

...samt arvet från
New Public Management



”Arvet från New Public Management”

Vi har systematiskt tagit bort naturliga kontrollfunktioner och inte ersatt det med nya i tillräcklig utsträckning utan förväntar oss att kontrollerna görs av medarbetare ute i beställarleden ”vid sidan om” det vanliga arbetet.

Om våra beställare ute i verksamheterna också ska ha rollen av att vara avtalsförvaltare,

– vilka incitament har de att ta sig an det uppdraget?

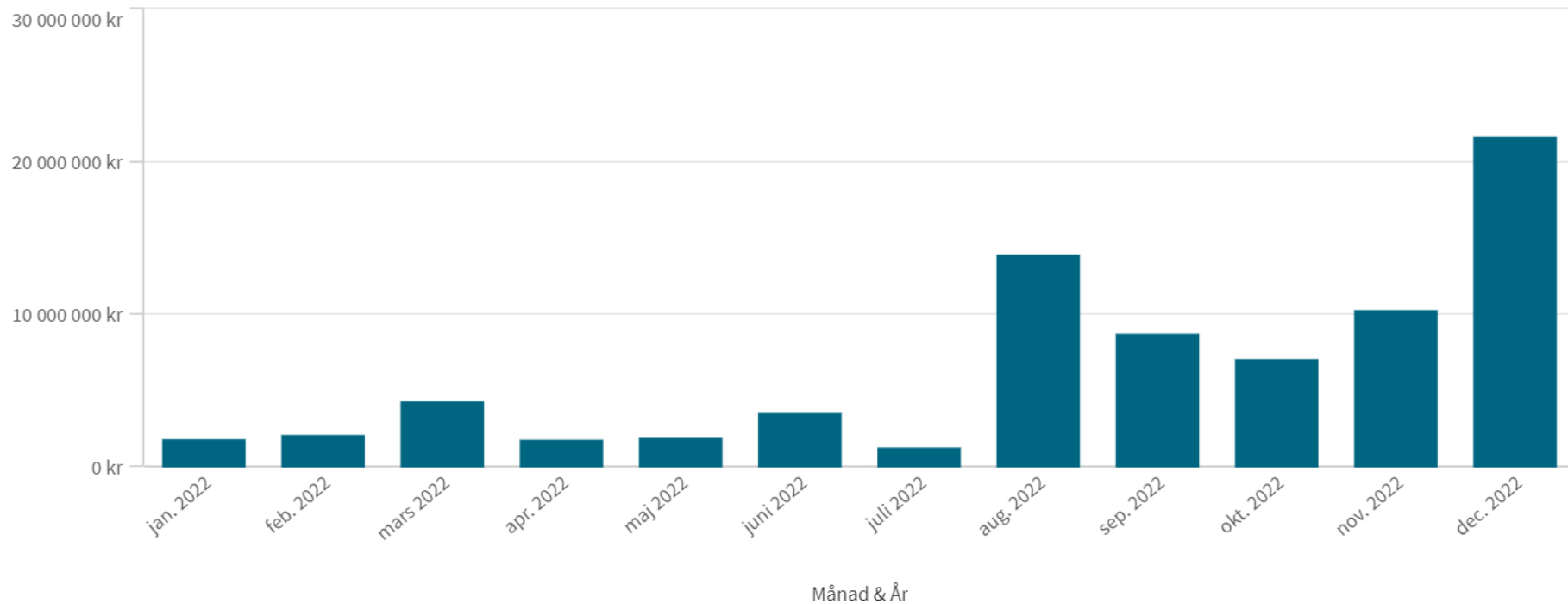


”Scener ur en frukost”
Hemma hos undertecknad i november
2023

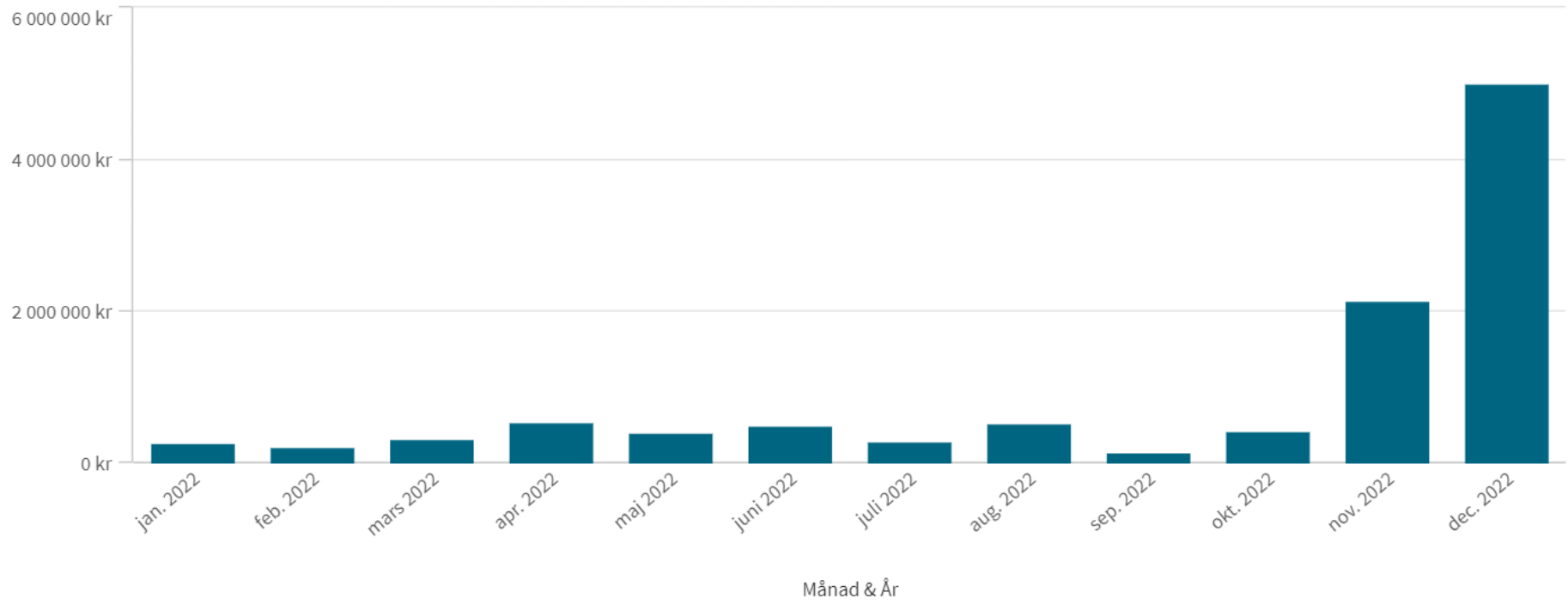
- Tjoho! ”Beställningskatalogen” har
kommit!



Spend (År & Månad)



Spend (År & Månad)



Således – ”piska eller morot”

Styrningsfråga respektive initiera incitament för beställare att förvalta och följa upp avtal

Hur får vi till en effektiv förvaltning och uppföljning i en organisation med många beställare?

- Om avtalen rent praktiskt nyttjas av beställare ute i verksamheterna kommer personal hos dessa verksamheter behöva vara **delaktiga i förvaltningen av avtalet och uppföljningen**.
- **Identifiera roller redan innan arbetet inför en kommande affär påbörjas**. Observera att identifierade roller kan ha en funktion **under hela affären (d.v.s. såväl inför- och under upphandlingen som under avtalet)**.
- **Styrningsfråga**. D.v.s. – vad förväntar sig arbetsgivaren av sina anställda? Klargör det!
- Klargör inte bara vad vi förväntar oss av en leverantör i avtalet (kommersiella villkor i upphandlingsdokumentet) utan klargör också parametrar och mekanismer för kontinuerlig avtalsförvaltning och uppföljning. D.v.s. ange även vad vi som beställare ska göra och klargör vilka roller som finns i avtalsrelationen kopplat till uppföljning. Sätt ramar för kontinuitet i uppföljning.
- **Identifiera vilka incitament som finns för att beställare ute i verksamheterna faktiskt ska förvalta- och följa upp sina avtal**. Svårt i praktiken p.g.a. av den offentliga/kommunala ekonomimodellen.
Tankenöt till er som arbetar som ekonomer – kan man testa att ändra den ”vanliga modellen”? Låta verksamheter till viss del ”behålla sin besparing”? O.s.v.
- Tydlig implementation av ett nytt avtal. Både externt **och internt!**

Att inte aktivt förvalta- och följa upp avtal medför dåliga affärer. Men att göra dåliga affärer är väl inte förbjudet, eller?

Genomsyrar de grundläggande principerna

- Likabehandlingsprincipen ★
- Transparensprincipen ★
- Proportionalitetsprincipen
- Principen om icke-diskriminering (nationalitet)
- Principen om ömsesidigt erkännande (EU)

Tar primärt sikte på upphandling **inför** ett avtal **men** fyller fortsatt en funktion **även under avtalet**

Reglerna om vilka ändringar som kan genomföras i offentligt upphandlade kontrakt – men vi kommer tillbaka till det lite senare...

- Om en upphandlande myndighet angett ett antal krav och villkor i ett upphandlingsdokument förutsätter lagstiftaren således att dessa krav och villkor **upprätthålls under hela avtalet**. Detta är en förutsättning för att den upphandlingsrättsliga **likabehandlingsprincipen** i sin tur ska kunna upprätthållas.
- Om kraven och villkoren inte upprätthålls är risken stor att vi därmed medger en ändring av avtalet.
- Om vissa krav inte ”behöver uppfyllas” eller vi, p.g.a. bristande uppföljning, inte påtalar fel och heller inte tillämpar sanktioner enligt vad som anges i avtalet blir detta också en ändring av avtalet.

Ändringar av offentligt upphandlade kontrakt

Som huvudregel i princip inte tillåtet (förutom i "liten" skala).



Varför det? Jo, se LOU 17 kap. 10 §

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Ändringar av offentligt upphandlade kontrakt, forts.

- Kan vara tillåtet enligt LOU 17 kap. 9-14§§.
"Mindre värde", resp. "kompletterande beställning".
- I grund och botten följer regelverket av de grundläggande principerna med tonvikt på **Likabehandling** och **Transparens**.
D.v.s. – "Skulle ändringen kunna medföra att någon annan anbudsgivare skulle lämnat ett annat anbud, alternativt att någon annan anbudsgivare skulle varit intresserade av att lämna anbud men som valde att inte göra det p.g.a. upphandlings- och avtalet initiala utformning?"
- Att inte följa upp avtal och konkludent tillåta avvikelser och ändringar under avtalstiden; skulle inte det t.o.m. kunna strida mot LOU?
 - Jo.
 - D.v.s. – inte "bara" dåliga affärer utan även lagbrott.

Slutsats

- Är vi i det offentliga dåliga på att göra affärer?

Svar: Ja, tyvärr är vi ofta det.

- Är det LOUs fel?

Svar: Nej. LOU fyller i grund och botten ett gott syfte. Vi behöver bara påminna oss själva om syftet – nämligen att på ett ansvarsfullt sätt förvalta skattebetalarnas pengar och göra goda **affärer** (d.v.s. hela cirkeln i den offentliga affären), snarare än att fokusera allt på själva **upphandlingen**.



© Dave Hogan

LOU



© Mikael Engström

LOA

erik.odsell@lund.se