

Goda affärer

– en strategi för hållbar offentlig upphandling

Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2010

Stockholm 2013



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2013:12

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

Svara på remiss – hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/remiss>

Textbearbetning och layout har utförts av Regeringskansliet, FA/kommittéservice.

Omslag: Elanders Sverige AB.

Tryckt av Elanders Sverige AB.
Stockholm 2013

ISBN 978-91-38-23893-6
ISSN 0375-250X

Till Statsrådet Stefan Attefall

Genom beslut den 9 september 2010 (dir 2010:86) bemyndigade regeringen chefen för Finansdepartementet att tillkalla en särskild utredare för att utvärdera upphandlingsregelverket och göra en översyn av upphandlingsstatistiken. Genom beslut den 15 september 2010 förordnades Anders Wijkman till särskild utredare.

Som experter förordnades den 15 december 2010 avdelningschefen Agneeta Anderson, professorn Mats Bergman, departementssekreteraren Charlotte Brunlid, juristen Ulrica Dyrke, näringspolitiska experten Ted Ekman, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, jur. kand. Birgitta Laurent, avdelningschefen Peter Lindblom, hovrättsrådet Tom Madell, inköpsdirektören Jan Schönbeck, förbundsjuristen Eva Sveman, kanslirådet Claes Eriksson, kanslirådet Hedvig Forsselius, departementsrådet Peter Frykblom, departementsrådet Gunilla Hulting, kanslirådet Lina Kager, departementssekreteraren Magnus Lindbäck, departementssekreteraren Niclas Liss Larsson, departementssekreteraren Annika Löfgren och departementssekreteraren Katarina Wahlgren. Den 24 oktober 2011 entledigades departementssekreteraren Peter Frykblom. Den 1 december 2011 entledigades avdelningschefen Peter Lindblom. Den 13 december 2011 entledigades departementssekreteraren Niclas Liss Larsson. Samma datum förordades ämnessakkunnige Anneli Hagdahl. Den 1 januari förordades avdelningschef Ellen Hausel Heldahl. Den 1 februari 2012 entledigades departementssekreteraren Magnus Lindbäck och samma datum förordnades departementssekreteraren Christian Berger. Den 6 februari 2012 entledigades departementssekreteraren Annika Löfgren och samma datum förordnades departementssekreteraren Ida Åhrén. Den 15 augusti 2012 entledigades departementssekreteraren Ida Åhrén och samma datum förordnades departementssekreteraren Maria Barton. Den 3 december 2012 entledigades kanslirådet Lina Kager samt hovrättsrådet Tom Madell. Samma datum förordnades departements-

sekreteraren Roger Bengtsson. Den 23 januari 2013 entledigades näringspolitiske experten Ted Ekman.

Som utredningens huvudsekreterare anställdes kanslirådet Åsa Edman från den 15 november 2010. Docenten Sofia Lundberg var anställd som sekreterare med särskilt ansvar gällande upphandlingsstatistik från den 1 januari 2011 till den 31 december 2011. Jur. kand. Helena Henriksson anställdes som sekreterare från den 2 februari 2011. Jur. kand. Ann Fryksdahl anställdes som sekreterare den 1 mars 2012. Den 16 april 2012 anställdes fil. dr. Magnus Arnek som sekreterare.

Utredningen har antagit namnet Upphandlingsutredningen 2010.

Utredningen överlämnade den 21 november 2011 delbetänkandet *På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen* (SOU 2011:73). Delbetänkandet var omvärlds- och problembeskrivande och innehöll inte några förslag men indikerade utredningens vägval inför slutbetänkandet.

Den 2 februari 2012 fattades beslut vid regeringssammanträde dels om förlängning av utredningstiden till den 1 december 2012, dels om att del av uppdraget skulle utgå (dir. 2012:10). Den 18 oktober 2012 fattade regeringen beslut om att förlänga utredningstiden till den 5 mars 2013 (dir. 2012:107).

Utredningen överlämnar härmed slutbetänkandet *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* (SOU 2013:12).

Fem särskilda yttranden har fogats till betänkandet.

Utredningens uppdrag är härmed slutfört.

Stockholm, mars 2013

Anders Wijkman

/Åsa Edman
Helena Henriksson
Ann Fryksdahl
Magnus Arnek

Innehåll

Sammanfattning	17
Förkortningar	41
Författningsförslag	43
1 Uppdraget	55
1.1 Utredningens uppdrag.....	55
1.2 Delbetänkandet och remissynpunkter.....	56
1.2.1 Delbetänkandet.....	56
1.2.3 Remissvar	58
1.3 Slutbetänkandets syfte och avgränsning m.m.	58
1.3.1 Vad ska och kan Upphandlingsutredningens förslag omfatta?	58
1.3.2 Direktivförslagen som behandlas i betänkandet.....	60
1.3.3 Avgränsningar för Upphandlingsutredningens arbete	60
1.4 Viktiga statliga utredningar	61
1.4.1 Upphandlingsstödutredningen	61
1.4.2 Genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven och koncessionsdirektivet m.m.	63
1.4.3 Utredningen om den kommunala kompetensen	64
1.4.4 Ytterligare statliga utredningar av intresse.....	65
1.5 Arbetet med slutbetänkandet.....	66
1.6 Viktiga begrepp	67

2	Målet för den offentliga upphandlingen och utredningens arbete	71
2.1	Inledning – offentlig upphandling i Sverige.....	71
2.2	Delbetänkandet	72
2.3	Den goda affären – målet med den svenska offentliga upphandlingen	74
3	Strategisk upphandling för ökad kvalitet och effektivitet	79
3.1	Inledning.....	79
3.2	Allmänt om strategisk upphandling.....	85
3.3	Strategisk upphandling ur ett ledningsperspektiv	90
3.3.1	Strategisk upphandling ur ett makroperspektiv	90
3.3.2	Nationell styrning och ledarskap	93
3.3.3	Strategisk upphandling ur ett mikroperspektiv.....	98
3.3.4	Styrning hos den upphandlande myndigheten eller enheten	100
3.3.5	Upphandlingsutredningens slutsatser och förslag....	106
3.4	Några centrala operativa aspekter på strategisk upphandling	109
3.4.1	Hur man upphandlar kvalitet?	110
3.4.2	Utredningens slutsatser och förslag	135
3.4.3	Hur väljer man anbudsutvärderingsmodell?	141
3.4.4	Hur får man till stånd en relevant och ändamålsenlig uppföljning av kontrakt?	155
3.4.5	Utredningens slutsatser	163
3.5	Inköpssamverkan.....	168
3.5.1	Gällande rätt om inköpssamverkan	170
3.5.2	Direktivförslagen om inköpssamverkan.....	172
3.5.3	Nationell inköpssamverkan.....	175
3.5.4	Lokal och regional inköpssamverkan.....	185
3.5.5	Direktivförslag som underlättar gränsöverskridande inköpssamverkan – möjligheter och risker	190
3.5.6	Slutsatser och förslag	194

3.6	Förbättrad upphandlingskompetens.....	197
3.6.1	Inledning	197
3.6.2	Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter	198
3.6.3	Utbildning, kompetens och forskning.....	199
3.6.4	Uppdragsutbildning	203
3.6.5	Forskning	205
3.6.6	Upphandlingsutredningens bedömning.....	208
3.7	Elektronisk upphandling	213
3.7.1	Inledning	213
3.7.2	Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter	214
3.7.3	Vad menas med elektronisk upphandling?	215
3.7.4	Vad händer på området elektronisk upphandling? ...	219
3.7.5	Möjligheter och risker med samt hinder mot elektronisk upphandling.....	224
3.7.6	Utredningens sammanfattande slutsatser	230
4	Prioriterade lagstiftningsåtgärder	233
4.1	Inledning.....	233
4.2	Dialog och förhandling mellan upphandlande myndigheter/enheter och företag	234
4.2.1	Inledning	234
4.2.2	Delbetänkandet och remissinstanserna.....	235
4.2.3	Vad har hänt sedan delbetänkandet överlämnades?	236
4.2.4	Vilka möjligheter finns det att föra dialog enligt gällande regelverk?.....	236
4.2.5	Det klassiska direktivförslaget om möjligheter till samråd och dialog m.m.....	238
4.2.6	Upphandlingsutredningens bedömning.....	242
4.2.7	Vilka möjligheter till förhandling ger dagens upphandlingsregler?.....	244
4.2.8	Förslag till nytt klassiskt upphandlingsdirektiv – förhandlat förfarande under konkurrens	246
4.2.9	Upphandlingsutredningens bedömning och förslag.....	250

4.3	Beloppsgränserna för direktupphandling.....	253
4.3.1	Inledning.....	253
4.3.2	Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter.....	254
4.3.3	Gällande rätt	257
4.3.4	Erfarenheter från de nordiska grannländerna.....	262
4.3.5	Skäl för att höja beloppsgränserna för direktupphandling.....	264
4.3.6	Leder höjda gränser för direktupphandling till ökad risk för korruption och godtycke?	268
4.3.7	Åtgärder för tillvaratagande av konkurrensen på marknaden	271
4.3.8	En beloppsgräns eller flera.....	274
4.3.9	Var bör gränserna ligga?	277
4.3.10	Dokumentationsplikt	278
4.3.11	Finns det behov av att ta fram särskilda definitioner av begrepp kopplade till direktupphandlingar?	280
4.3.12	Ytterligare utredningar som bör genomföras när de nya upphandlingsdirektiven genomförs	283
4.3.13	Utvärdering	286
4.4	Annonsering av upphandlingar	286
4.4.1	Inledning.....	286
4.4.2	Vad säger nu gällande regelverk om annonsering? ...	289
4.4.3	Hur gör man i andra medlemsstater?	297
4.4.4	Överväganden och förslag.....	300
4.5	Ökade möjligheter att beakta enskildas behov och val inom ramavtal där samtliga villkor är fastställda	310
4.5.1	Inledning.....	310
4.5.2	Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter.....	311
4.5.3	Nuvarande och framtida möjligheter att beakta fysiska personers behov och val	313
4.5.4	Upphandlingsutredningen föreslår att enskildas behov och val jämföras med rangordning och annan objektiv fördelningsgrund	319
4.5.5	Särskilt om konsekvenser och åtgärdsförslag till följd av förslaget med avropsgrunden den enskildes val.....	325

5	Prövningen av upphandlingsmål.....	341
5.1	Inledning.....	341
5.1.1	Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter	342
5.1.2	Bestämmelser om överprövningar	343
5.2	För en effektivare och mer rättssäker handläggning	351
5.2.1	Målutredningen.....	351
5.2.2	Var och hur bör upphandlingsmål prövas – Målutredningens verktygslåda	353
5.3	Avgift och rättegångskostnader	364
5.4	Ett nytt undantag för direktupphandling under överprövning	366
5.4.1	Inledning	366
5.4.2	Temporär upphandling.....	367
5.5	Alternativ problemlösningsmekanism.....	369
5.5.1	Inledning	369
5.5.2	En medlingsfunktion för strukturella problem	371
6	Några centrala aspekter på socialt och miljömässigt ansvarsfull offentlig upphandling	375
6.1	Inledning.....	375
6.2	Bakgrund	377
6.2.1	Den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster har under lång tid använts för att uppnå mål inom det sociala området	377
6.2.2	Upphandling som ett sätt att möta miljö- och klimatmässiga utmaningar.....	381
6.3	Hur långtgående krav och kriterier av miljömässig och social karaktär tillåter EU-lagstiftningen?.....	386
6.3.1	Krav som går längre än fullt ut harmoniserande lagstiftning	389
6.3.2	Inremarknadstestets tillämpning på krav inom icke-harmoniserade områden.....	389
6.3.3	EU-rättens inverkan på tilldelningskriteriernas utformning	390

6.3.4	EU-rättens inverkan på utförandevillkorens utformning	391
6.4	Ett samhällsekonomiskt perspektiv på miljömässigt och socialt hållbar offentlig upphandling.....	392
6.5	Vad vet vi om effekterna av att ställa miljökrav och sociala krav?	401
6.5.1	Miljöanpassad upphandling och innovationsupphandling som styrmedel.....	402
6.5.2	Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling – en forskningsöversikt.....	409
6.5.3	Greener Public Purchasing as An Environmental Policy instrument.....	411
6.5.4	Miljöhänsyn i offentlig upphandling – samhällsekonomisk effektivitet och konkurrensbegränsade överväganden	413
6.5.5	Miljö- ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling.....	414
6.5.6	Miljöanpassad upphandling ur ett kostnadseffektivitetsperspektiv	416
6.6	Sammanfattande kommentarer.....	417
7	En innovationsfrämjande, effektiv och miljöanpassad upphandling.....	421
7.1	Allmänt om statsmakternas ambitioner, styrning och insatser inom området miljöanpassad upphandling	422
7.1.1	Regeringens handlingsplan för miljöanpassad offentlig upphandling	422
7.1.2	Naturvårdsverkets utvärdering av arbetet med handlingsplanen och Riksrevisionens rapport Miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?	424
7.1.3	MSR:s övergripande bedömning av arbetet med miljöanpassad upphandling i Sverige	427
7.1.4	Några sammanfattande iakttagelser	428
7.2	Att ställa och följa upp miljökrav i offentliga upphandlingar	428
7.2.1	Inledning.....	428

7.2.2	I vilken omfattning ställs miljökrav i offentlig upphandling och varför?	429
7.2.3	Vilka slags krav ställs?	430
7.2.4	Vilka faktorer påverkar hur miljökrav ställs?	434
7.2.5	Hur följs kraven typiskt sett upp?	434
7.2.6	Ett bra exempel på hur uppföljning av miljökrav kan gå till	435
7.2.7	Sammanfattande slutsatser och förslag	436
7.3	Att möta framtida klimat- och resursutmaningar med offentlig upphandling av transformativa lösningar	442
7.3.1	Inledning	442
7.3.2	Delbetänkandet och remissinstanserna	443
7.3.3	En nationell innovationsstrategi	444
7.3.4	Nyheter i förslagen till nya upphandlingsdirektiv – innovationspartnerskap och gemensamma inköpscentraler över gränserna m.m.	445
7.3.5	Närmare om innovationer och transformativa lösningar	447
7.3.6	Överväganden och förslag.....	454
7.4	Offentlig upphandling ur ett livscykelperspektiv – ett sätt att både minska kostnaderna och främja miljön	459
7.4.1	Inledning	459
7.4.2	Delbetänkandet och remissinstanserna	461
7.4.3	Vad menas med livscykelkostnader och hur kan de beräknas?	462
7.4.4	De nya upphandlingsdirektiven om livscykelkostnader	468
7.4.5	MSR:s arbete för att främja användningen av livscykelperspektiv i offentlig upphandling	470
7.4.6	Utredningens överväganden och förslag.....	472
8	Socialt ansvarsfull offentlig upphandling	475
8.1	Inledning.....	475
8.1.1	Delbetänkandet och remissinstanserna	477
8.2	Att ta sociala hänsyn.....	478
8.2.1	Flera tycker att det är svårt att ställa sociala krav	480
8.2.2	En ny kriterieverksamhet avseende sociala krav	482
8.2.3	Vilka krav bör ställas och prioriteras?	484

8.2.4	Vilken process bör användas för att ta fram kriterierna?	492
8.2.5	Var bör kriterieverksamheten placeras?.....	493
8.2.6	Hur följer man upp sociala krav?	493
8.2.7	Nordiskt samarbete	500
8.3	Civila samhället – en viktig resurs	501
8.3.1	Social ekonomi, sociala företag, arbetsintegrerande sociala företag och idéburna organisationer	504
8.3.2	Upphandling eller bidrag?	506
8.3.3	I vilken mån påverkas bidragsgivningen av EU:s statsstödsregler?	510
8.3.4	Kategoristöd för den sociala ekonomin.....	520
8.4	Reserverade kontrakt till arbetsintegrerande sociala företag	522
9	Små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar	527
9.1	Inledning.....	527
9.2	Vilka företag är små och medelstora?	529
9.3	Delbetänkandet och remissvaren	530
9.4	Vad har hänt efter delbetänkandet?	532
9.4.1	Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet.....	532
9.4.2	Tillväxtverket.....	533
9.4.3	Intresseorganisationen Företagarna visar att deltagandet av små företag ligger kvar på samma nivå som tidigare år	534
9.4.4	Hur ser det ut på de stora inköpscentralerna?	535
9.5	Andra länders erfarenheter och arbete med konkurrensfrågor inom offentlig upphandling	537
9.5.1	Danmark.....	537
9.5.2	Norge.....	538
9.6	Bestämmelser i förslagen till nya upphandlingsdirektiv som syftar till att öka små och medelstora företags deltagande	539

9.6.1	Uppdelning av kontrakt i delkontrakt – en nyhet....	540
9.6.2	Förenkling av informationskyldigheten – nytt i direktiven men inte i Sverige.....	542
9.6.3	Begränsning av vilka krav som kan ställas på anbudsgivare – en nyhet.....	542
9.7	Sammanfattning av förslag som syftar till att tillvarata konkurrensen och öka små och medelstora företags deltagande i upphandlingar.....	543
10	En nationell upphandlingsstatistik	549
10.1	Inledning.....	549
10.2	Utgångspunkter	551
10.3	Nuvarande statistikinsamling och upphandlingsstatistik....	556
10.3.1	Nuvarande statistikinsamling	556
10.3.2	Konkurrensverkets förslag till nytt statistikinsamlingsförfarande baserat på kommersiella annonsdatabaser	559
10.3.3	Vad kan man säga på basis av den statistik som hittills samlats in?	562
10.4	Vilka möjligheter skapar elektronisk upphandling till insamling av upphandlingsstatistik?	564
10.4.1	Allmänt om kopplingen mellan elektroniska upphandlings- och beställningssystem och statistikinhämtning.....	564
10.4.2	Hur elektronisk upphandling förbättrar möjligheterna att samla in upphandlings- och inköpsstatistik.....	565
10.5	Överväganden	568
10.5.1	Varför är den nationella upphandlingsstatistiken så mager och bristfällig?	568
10.5.2	Vilken statistik ska samlas in?.....	570
10.5.3	Sammanfattande bedömning av vilka statistikuppgifter som bör samlas in.....	575
10.5.4	Hur ska statistikinsamlingen gå till?	575

10.5.5 Vem ska ansvara för insamling, sammanställning och analys av den nationella upphandlingsstatistiken?	580
10.6 Upphandlingsutredningens slutsatser och förslag	582
11 En handlingsplan för goda offentliga affärer	593
11.1 Syftet med en handlingsplan.....	593
11.2 Den goda affären – en övergripande målsättning för den offentliga upphandlingen	593
11.3 Vem och vad omfattas av handlingsplanen?	594
11.4 Under vilken period bör handlingsplanen gälla?	595
11.5 Komplettering av handlingsplanen.....	595
11.6 Ett förslag till handlingsplan för goda offentliga affärer	596
12 Konsekvensutredning	609
12.1 Beskrivning av problemen och vad utredningen vill uppnå.....	609
12.2 Utredningens samlade förslag	614
12.2.1 Vilka berörs av förslagen?.....	614
12.2.2 Vilka kostnadmässiga och andra konsekvenser medför förslagen?	615
12.3 Går förslagen utöver de skyldigheter som följer av Sveriges anslutning till Europeiska unionen?	627
12.4 Behöver särskilda hänsyn tas när det gäller tidpunkten för ikraftträdande och om det finns behov av speciella informationsinsatser.....	628
12.5 Finansiering	628
12.5.1 Forsknings- och utbildningssatsningar	629

Särskilda yttranden 633**Bilageförteckning (bilagorna finns på bifogad CD)**

1. Kommittédirektiv 2010:86
2. Tilläggsdirektiv 2012:107
- 2 a) Tilläggsdirektiv 2012:10
3. Deltagare i Upphandlingsutredningens 2010 referensgrupper
4. Sammanfattning av Upphandlingsutredningens delbetänkande
5. Sammanfattning av remissynpunkter
6. Strategiskt upphandlingsarbete, AffärsConcept i Stockholm AB
7. Kartläggning av kvalitetskriterier, SIQ – Institutet för Kvalitetsutveckling
8. Kvittningsmetoden – en beslutsteoretiskt välgrundad och praktiskt användbar utvärderingsmetod
9. Analys av små kommuners samverkan kring inköp av varor och tjänster, Sammanfattning av en intervjustudie gjord av Ronny Svensson, Bergslagsgruppen i Leksand
10. Nordisk utblick – överprövningar
11. Miljö-, ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Miljöstyrningsrådets rapport 2012:1
- 11 a) Hur långtgående krav och kriterier tillåter EU-rätten?
12. Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law, Jörgen Hettne
13. Commentaries on Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law, Roberto Caranta
14. Comment on Professor Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law and professor Roberto Caranta's commentary, Peter Kunzlik
15. Miljöanpassad upphandling och innovationsupphandling som styrmedel, Carl Dalhammar och Charlotte Leire, IIIIE Rapport 2012:01
16. Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling – en forskningsöversikt, Magnus Frostensson och Emma Sjöberg

17. Metoder baserade på ett livscykelperspektiv och användning av LCC i offentlig upphandling, Miljöstyrningsrådets rapport 2012:6
18. Naturvårdsverkets skrivelse (NV-09021-12) till Upphandlingsutredningen
19. Transformativa lösningar och offentlig upphandling, Fokus på vår generations viktiga frågor i en värld som snabbt förändras, Dennis Pamlin
20. Rättsutredning avseende frågan om att reservera upphandlingskontrakt till icke-vinstsyftande företag/organisationer
21. Offentlig Upphandling – Hur kan företagens deltagande öka? Tillväxtverket, rapport 0115
22. En bild av vad olika krav och kriterier i upphandlingar kan åstadkomma – miljöhänsyn, sociala och etiska hänsyn samt ökad medverkan av små och medelstora företag i offentliga upphandlingar
23. Nationell statistik om offentlig upphandling enligt skotsk förebild, Fi 2010:06, Helena Rom och Pia Nylöf

Sammanfattning

Upphandlingsutredningens huvudsakliga uppdrag är att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv samt se över systemet för insamling av upphandlingsstatistik och vilken statistik som ska samlas in. Utredningen till-sattes hösten 2010. Regeringens motiv var flera, bl.a. att få underlag till den då förestående översynen av EU:s upphandlingsdirektiv men också att beakta den utbredda kritiken mot gällande upphandlingslagstiftning och dess tillämpning.

Efter ett omfattande, utåtriktat utredningsarbete kan kritiken från offentlig sektor, företag, forskare, intresseorganisationer m.fl. sammanfattas på följande sätt:

- Den offentliga upphandlingen har en tydlig slagsida mot lag-tillämpning. Andra viktiga aspekter av den goda affären har kommit i skymundan.
- Den offentliga upphandlingen lider av brist på ledarskap och strategiskt perspektiv. Riksdag och regering synes sakna ett samlat grepp om den offentliga upphandlingens betydelse för viktiga delar av samhällets service. De har inte utnyttjat upphandlingens fulla potential som politiskt styrmedel eller för att hushålla med gemensamma medel.
- Trots att upphandlingen ofta berör välfärdens kärna får den alltför sällan myndighetsledningens uppmärksamhet. Många myndigheter saknar eller har en otydlig strategi för sin offentliga upphandling.
- Kunskapsbristerna på området är stora. Till följd av undermålig statistik råder betydande osäkerhet om hur stora summor den offentliga upphandlingen i Sverige omsätter. Vidare brister kunskaperna om konkurrenssituationen på de olika marknaderna, i vilken omfattning företag av olika storlek deltar, vad man

upphandlar m.m. Allt detta försvårar djupare analyser av den offentliga upphandlingen. Den undermåliga statistiken är en viktig anledning till svårigheterna att beräkna effekterna av de miljökrav och sociala krav som ställs.

- Lagstiftningen och dess tillämpning upplevs som både krånglig och oflexibel samt emellanåt även otydlig. Myndigheternas begränsade möjligheter till förhandling upplevs ofta stå i vägen för den goda affären. Hur långtgående miljökrav och sociala krav som får ställas, inte minst i förhållande till EU-lagstiftningen, omgärdas också av frågetecken. Vidare råder oklarheter i vilken mån som enskildas särskilda behov och val kan beaktas.
- Det stora antalet överprövningar leder till förseningar och fördyringar samt, inte sällan, till svårigheter att tillhandahålla viktig offentlig service. Rädslan för att upphandlingen ska stoppas gör att man undviker mer komplexa tillvägagångssätt som skulle vara till fördel för den goda affären.
- Ställda krav följs sällan upp, vilket gör att myndigheterna inte vet om de fått vad avtalat om och betalar för. Bristande uppföljning anses t.ex. vara en viktig faktor bakom de skandaler som under senare år uppdagats inom äldreomsorgen. För samvetsgranna leverantörer leder bristen på uppföljning ofta till frustration och till att de ibland avstår från att delta i upphandlingar. När kontrakten inte följs upp minskar också möjligheterna att lära inför framtida upphandlingar.
- Små upphandlande myndigheter och leverantörer möter särskilda utmaningar, både på grund av resurs- och kompetensbrist, men också för att transaktionskostnaderna i samband med upphandlingarna slår extra hårt mot små enheter.
- Vägledning och andra stödåtgärder från central nivå upplevs som otillräckliga, inte alltid samstämmiga och emellanåt alltför allmänt hållna. Särskilt små upphandlande myndigheter upplever svårigheter att, i den enskilda upphandlingen, tillämpa och väva samman vägledningar från olika upphandlingsstödande organisationer. Det statliga upphandlingsstödet behöver också utvecklas och lägga betydligt större vikt vid upphandlingens strategiska och ekonomiska dimensioner.

Den goda affären – målet för den offentliga upphandlingen

Begreppet den goda affären har tjänat väl som utgångspunkt för utredningens arbete och bör, som utredningen ser det, vara det självklara målet för den offentliga upphandlingen. Den goda affären innebär att de upphandlande myndigheterna och enheterna, inom ramen för regelverket;

- tillgodoser verksamheternas behov genom att ställa och följa upp krav på kvalitet där servicen till medborgarna står i fokus,
- tillgodoser behoven till lägsta möjliga totalkostnad vilket innebär att, så långt möjligt, hänsyn tas till livscykelkostnaden,
- tar ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling när upphandlingens art motiverar detta,
- beaktar möjligheterna att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamheternas behov, samt
- tillvaratar och vårdar konkurrensen på de aktuella upphandlingsmarknaderna vilket bland annat inbegriper att överväga åtgärder för att underlätta de mindre företagens deltagande.

Vad som är rätt eller önskvärd kvalitet avgörs ytterst av dem som varan eller tjänsten är till för. Därför är brukarperspektivet en central utgångspunkt i utredningens förslag. I en upphandlande myndighets eller enhets kvalitetsuppfattning bör normalt miljöaspekter och sociala aspekter ingå och offentliga verksamheter bör gå före i arbetet med att ta sociala och miljömässiga hänsyn. Att ta ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling har sedan ett antal år tillbaka ett tydligt stöd i upphandlingslagarnas s.k. ”bör-regler”. Den offentliga sektorn svarar för en betydande efterfrågan på marknaden och kan genom offensiva och samtidigt konstruktiva krav medverka till att mer hållbara varor och tjänster utvecklas.

Ett näringsliv som är vant att möta höga krav nationellt står också väl rustat i mötet med internationell konkurrens. De mindre företagens ökade deltagande i offentliga upphandlingar är av central betydelse, både för mångfalden av utförare och konkurrensen men också för sysselsättningen. Små och medelstora företag utvecklar i sitt arbete inte sällan nya, innovativa lösningar. En väl fungerande konkurrens är en förutsättning för den goda affären och leder, under rätt villkor, till att sådana affärer görs till lägsta möjliga totalkostnad.

Av regeringens budgetproposition framgår att målet med den offentliga upphandlingen är att skattemedlen ska användas på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet. Enligt EU-kommissionens utvärdering bidrar upphandlingsdirektiven – och deras positiva inverkan på konkurrensen och den gränsöverskridande handeln – till att skattemedlen utnyttjas mer effektivt. Utredningens anser att den offentliga upphandlingen, med ökad styrning och mer av strategiskt tänkande, kan användas för att åstadkomma betydande besparingar jämfört med i dag.

Strategisk upphandling för kvalitet och effektivitet

Det nationella ledarskapet

Den enskilt viktigaste faktorn för att förverkliga målet om den goda affären är att utveckla ett mer strategiskt perspektiv på den offentliga upphandlingen.

Regeringen har historiskt sett framför allt fokuserat på lagstiftningsfrågor i samband med offentlig upphandling. Den vidare frågeställningen – en samordnad politik för goda affärer i offentlig sektor – har inte getts samma uppmärksamhet. Detsamma gäller upphandlingens konsekvenser för den offentliga servicen till medborgarna och effektiviteten i själva upphandlingen. Det finns enligt utredningen en betydande potential till både effektivisering och ökad samhällspåverkan om regering och riksdag utvecklar ett mer strategiskt förhållningssätt.

Socialdepartementet har under innevarande mandatperiod haft det övergripande ansvaret för upphandlingspolitiken. Offentlig upphandling handlar dock ytterst om en effektiv förvaltning och hushållning med allmänna medel. Det talar enligt utredningen för att det övergripande ansvaret för upphandlingen borde ligga på Finansdepartementet.

Hittillsvarande brister i samordningen på nationell nivå har enligt Upphandlingsutredningens mening lett till en fragmentisering av upphandlingspolitiken. Olika sakdepartement har vart och ett tagit ansvar för vissa upphandlingsrelaterade frågor och i sin tur fördelat uppgifter och resurser på sina respektive myndigheter. Bristerna i samordningen har exempelvis lett till att inget departement samordnar politiken för socialt ansvarsfull offentlig upphandling. Upphandlingsutredningen menar att det har lett till att frågan hamnat i

skymundan och anser att Socialdepartementet bör ges ett uttalat samordningsansvar.

Ett annat resultat av den bristande nationella samordningen är att insatserna för stöd och vägledning inom upphandlingsområdet är uppdelade på ett antal statliga myndigheter och organisationer. Denna splittring har varit uppmärksammas under en längre tid och ledde 2011 till att regeringen tillsatte en särskild utredare (Upphandlingsstödsutredningen). Denna utredning lämnade våren 2012 ett förslag om att det statliga upphandlingsstödet borde samordnas i en ny myndighet (SOU 2012:32). Förslaget är enligt Upphandlingsutredningens mening ett viktigt steg i rätt riktning.

Den splittrade upphandlingspolitiken och avsaknaden av ett samordnat upphandlingsstöd har minskat förutsättningarna för goda offentliga affärer.

Ledarskapet på myndighetsnivå

De senaste decennierna har karaktäriserats av en utveckling där den offentliga sektorn – bland annat genom konkurrensutsättning – sökt nya vägar för att tillhandahålla välfärdstjänster till medborgarna. Tanken har varit att åstadkomma ett mer varierat tjänsteutbud med högre kvalitet och kostnadseffektivitet, utan att göra avkall på principerna om gemensam finansiering och tillgång för alla efter behov. Både upphandlade varor och tjänster utgör numera viktiga komponenter i en fungerande välfärd. Detta medför att ledarskapet på myndighetsnivå och ett i sammanhanget strategiskt förhållningssätt till den offentliga upphandlingen är av avgörande betydelse.

När myndigheterna valt att konkurrensutsätta verksamheter, eller upphandla strategiskt viktiga varor, behöver ledningen utveckla mål som är tydliga och mätbara samt kommunicera dessa till organisationen. Det är angeläget att det finns policydokument och styrdokument liksom dokumenterade rutiner och processer som stöd för inköpsfunktionerna. Av stor vikt är riktlinjer för affärsetik, vilket inkluderar konkurrensaspekter t.ex. små och medelstora företags möjligheter att tävla om kontrakt, miljöhänsyn och sociala hänsyn. Åtskilliga myndigheter uppvisar brister i dessa avseenden. Detta kan i sin tur kopplas direkt till vikten av ledarskap. Det är verksamhetens ledning som har det yttersta ansvaret för att utarbeta och införa denna typ av styrdokument. Enligt Upphandlingsutredningens mening är det därför en god idé att ha regelbundna överläggningar i kommun-

och landstingsfullmäktige eller myndigheternas ledningar om upphandlingens övergripande mål och strategier samt hur upphandlade verksamheter följs upp och fungerar. Enskilda kommuner, som t.ex. Värnamo, har gått ett steg längre och inrättat en särskild nämnd för upphandlingsfrågor. Det framstår enligt Upphandlingsutredningen som angeläget att upphandlingsfrågorna på lämpligt sätt representeras på ledningsgruppsnivå i de enskilda myndigheterna.

Effektiviseringspotentialen är inte tillräckligt uppmärksammas

Utredningen gör bedömningen att varken statsmakterna eller de enskilda myndigheterna till fullo insett den potential för en effektivisering av den offentliga sektorn som ligger i en bättre fungerande offentlig upphandling. Upphandlingen uppgår till mycket stora belopp, cirka 550–600 miljarder kronor årligen. Om sektorn i sin helhet, genom bättre upphandlingar, skulle kunna pressa prisnivån med bara ett par procent i snitt, utan att kvaliteten försämras, skulle resurser motsvarande minst 10 miljarder kronor frigöras. Få andra instrument innehåller samma potential till effektiviseringar. Utblickar till de nordiska länderna visar att besparingar och effektiviseringar genom effektivare offentlig upphandling ges hög prioritet.

Upphandlande myndigheter har, genom den offentliga upphandlingen, goda förutsättningar att ta del av vissa produktivitetsökningar som privat sektor erfarenhetsmässigt har visat sig vara bra på att åstadkomma. Den offentliga verksamheten är långt svårare att effektivisera än traditionell varuproduktion och service i privat sektor. Men en ökad konkurrensutsättning – med tydliga kvalitetskrav – bör enligt utredningen kunna medverka till att produktiviteten höjs även i offentliga verksamheter.

Utredningen har uppmärksammas på att ett helhetsperspektiv ofta saknas vid anskaffning av varor och tjänster. Varor till lågt inköpspris väljs trots att driftkostnaderna på längre sikt blir högre. Sådana varor är därtill ofta sämre ur ett miljö- och resursperspektiv. Ett annat exempel på bristande helhetsperspektiv är när en upphandling delas upp i olika delar, t.ex. investering respektive drift och underhåll var för sig. Genom att i stället välja ”paketlösningar” kan drivkrafter för effektivisering och nytänkande stimuleras. I sammanhanget är de budgetprinciper som gäller för offentlig sektor ett problem.

Ett ytterligare exempel på ett bristande helhetsperspektiv är upphandlande myndigheter som sköter sin anskaffning av varor och tjänster på ad hoc-basis, dvs. utan någon egentlig strategi. Det leder regelmässigt till dyrare inköp.

Inköpssamverkan passar mer eller mindre väl för olika typer av varor. Om och när upphandlande myndigheter ska delta i olika former av inköpssamverkan är en strategisk fråga. Professionell och genomtänkt inköpssamverkan leder dock i regel till bättre inköpsvillkor, minskade transaktionskostnader och en stärkt upphandlingskompetens.

Det finns goda erfarenheter av att väl utformade it-lösningar leder till en betydande effektivisering av upphandlingsverksamheten. Felkällorna kan minskas vilket underlättar för aktörer i allmänhet och för de små och medelstora företagen i synnerhet.

Den offentliga sektorn skulle sammantaget kunna åstadkomma långt bättre inköp till en lägre total kostnad genom att se anskaffningen ur ett bredare, mer genomtänkt och långsiktigt perspektiv.

Den viktiga upphandlingskompetensen

Att göra goda affärer kräver kunskaper och kompetens inom flera områden, exempelvis juridik, ekonomi, teknik, miljö och socialt ansvarstagande. Upphandlingsutredningen anser att kompetensen bör stärkas genom utbildning på akademisk nivå. Sådan utbildning finns i dag främst i form av olika juridiska kurser. Här måste en breddning ske och inkludera kunskap från ett antal discipliner. Av största vikt är också att utbildningen för ledare i offentlig sektor ger utrymme åt offentlig upphandling, utifrån perspektivet ledarskap och strategi.

Den bristfälliga forskningen är delvis ett resultat av den undermåliga upphandlingsstatistiken. Men det tillkommer att efterfrågan på analyser och forskning inom detta, för samhället och samhälls-ekonomi betydelsefulla område, varit begränsat. Många av de frågeställningar som väckts under utredningsarbetet förutsätter ytterligare studier. Utrymmet för förbättringar och effektiviseringar inom offentlig upphandling måste bedömas som mycket stora, givet att kunskaperna på området fördjupas. Det är sammanfattningsvis angeläget att bredda forskningen med syfte att fördjupa analysen men också att bidra till en höjd kompetens.

Mot denna bakgrund föreslår Upphandlingsutredningen att

- regeringen utarbetar och överlämnar till riksdagen en strategisk handlingsplan för goda offentliga affärer med det huvudsakliga syftet är att styra den offentliga upphandlingen mot bättre kvalitet och effektivitet,
- offentlig upphandling, med fokus på ledarskap och strategi, integreras i kompetensutvecklingen av ledare i staten,
- tre professurer inrättas inom offentlig upphandling med inriktning på juridik, ekonomi och samhällsvetenskap samt uppdragsutbildning inom området anordnas,
- anslagen till forskning om offentlig upphandling utökas med 10–15 miljoner kronor årligen och tvärvetenskapliga projekt ges prioritet,
- ett samordnat upphandlingsstöd i statlig regi ges ansvaret att utveckla vägledningar och informationsinsatser om upphandlingens strategiska betydelse, samt
- det samordnade upphandlingsstödet utarbetar särskild vägledning för inköpssamverkan.

Sätt kvaliteten i centrum

De senaste åren har kvalitetsfrågorna hamnat alltmera i fokus. Bakgrunden är bland annat uppdagade missförhållanden på vissa äldreboenden som bedrivits på entreprenad. Somliga ser kvalitetsbristerna som en konsekvens av en effektiviseringsiver och lönsamhetsjakt som gått för långt. Andra ser i stället problemen som brister i kravställande och uppföljning från de kommunala huvudmännens sida.

Utredningens uppfattning är att frågan inte har något enkelt svar. Det är dock ställt utom allt tvivel att kravens och kontraktens utformning samt uppföljningen, är väsentliga för att erhålla god kvalitet. I detta inbegrips frågor om hur man skapar välavvägda incitament, t.ex. genom olika typer av ersättningsformer eller förlängningsoptioner, samt hur en verkningsfull uppföljning kan organiseras och kontraktsbrott beivras. Centralt är också att premiera kvalitetshöjande åtgärder som går utöver ställda krav och att introducera drivkrafter för att uppnå högsta möjliga kvalitet under kontraktstiden. Vidare anser utredningen att de s.k. relativa anbudsutvärderingsmodellerna inte bör tillämpas, dels för att de

tenderar att osynliggöra de svåra avvägningarna mellan t.ex. kvalitet och pris som myndigheterna ofta ställs inför, dels för att de är oförutsägbara och möjliga att manipulera.

Det finns vid det här laget gott om studier som visar att konkurrensutsättning av offentligt finansierade tjänster – i sammanhang där kvalitetskraven är enkla att ställa och följa upp – innebär att effektiviteten ökar, dvs. kostnaderna minskar utan att kvaliteten på tjänsterna för den skull blir sämre. Dyliga tjänster är exempelvis städning, sophämtning samt drift och underhåll av vägar. De vinstsyftande företagens drivkrafter att hålla nere kostnaderna är, vid dessa typer av entreprenader, normalt av godo eftersom effektiviteten ökar.

Annorlunda ligger det till när en verksamhets kvalitet är svår att definiera och följa upp. Ekonomisk teori indikerar att kvalitetsbristerna riskerar att öka om sådan verksamhet utförs av företag med stark inriktning på kostnadsminimering och vinst. Forskningen på området är dock begränsad. Utredningen har i sitt arbete inte kunnat påvisa generella eller entydiga skillnader i den kvalitet som erbjuds, inom exempelvis vård och omsorg, mellan verksamheter som bedrivs i offentlig regi, privat regi eller av ideella organisationer. Baserat på den empiri som finns konstaterar utredningen att kvalitetsbrister främst är ett resultat av illa formulerade krav eller brister i uppföljningen. Här ligger en av de stora utmaningarna vid offentlig upphandling av vård och omsorg.

Att det är möjligt att kombinera hög kvalitet och upphandling av avancerade välfärdstjänster från vinstdrivande företag står dock enligt Upphandlingsutredningen utom allt tvivel. Det krävs dock väl genomtänkta krav, ersättningsmodeller med tydliga kvalitetsincitament, transparenta anbudsutvärderingsmodeller samt en noggrann och kontinuerlig uppföljning. I sammanhanget är det viktigt att belysa att de mindre upphandlande myndigheterna av resursskäl har begränsade förutsättningar att själva ha den kompetens som krävs för att arbeta med kvalitet i de enskilda upphandlingarna. För dem gäller det många gånger att förlita sig på inköpssamverkan och annat upphandlingsstöd.

Upphandlingsutredningen föreslår sammanfattningsvis att

- både den nationella nivån och myndighetsnivån, bör prioritera kvalitetsfrågor vid upphandling av varor och tjänster som är strategiska för välfärden,

- det samordnade upphandlingsstödet ska ansvara för utvecklingen av ett särskilt produktkategoriöstöd, vars roll är att underlätta upphandlingsarbetet på myndighetsnivå. Syftet är att ge vägledning och stöd inom specifika och vanligt förekommande produktkategorier i fråga om bl.a. behovs- och marknadsanalyser, hur kvalitetskrav kan formuleras, utvärderas och följas upp, hur förfrågningsunderlag och kontrakt kan utformas för att stimulera kvalitetsförbättringar, hur miljö- och sociala kriterier kan utformas och följas upp, hur små och medelstora företag – men även den idéburna sektorn – kan engageras samt hur innovativa lösningar kan stimuleras, samt
- myndigheterna uppmanas välja höga, väl genomtänkta krav – om möjligt av funktionskaraktär för att stimulera innovativa lösningar – och i utvärderingsfasen premiera lösningar som går utöver ställda krav. Av central vikt är också att bygga in incitament i ersättningen till leverantörerna som stimulerar till ytterligare höjning av både kvalitet och effektivitet under kontraktstiden.

Prioriterade regelförändringar

Ökat utrymme för dialog och förhandling

Ökade möjligheter till förhandling och en förbättrad dialog mellan myndigheter och leverantörer står högt på intressenternas önskelista. Erfarenheterna visar att upphandlande myndigheter och enheter inte utnyttjar de möjligheter som finns att förhandla och föra dialog. En orsak är att förhandlingsinstrumentet betraktas som ett undantag från huvudregeln, även i de fall när det är tillåtet. En annan är rädslan att bryta mot upphandlingsregelverket. Inte sällan saknas också resurser och kompetens för att genomföra en förhandling eller samråda med marknadens aktörer.

En väl genomförd dialog kan t.ex. öka förståelsen för de upphandlande myndigheternas och enheternas behov och vad marknaden kan erbjuda, t.ex. i form av miljömässigt hållbara varor och tjänster samt innovationer. Dialogen kan leda till ökade förutsättningar för att leveranserna sker i enlighet med kontraktet och därmed spara tid som annars måste läggas på klagomål, reklamationer eller omförhandlingar. Dialog mellan parterna är ett bra sätt att undvika misstag under upphandlingen. Om missförstånd kan redas ut kan den upphandlande myndigheten slippa omständliga ändringsprocesser. Riskerna för att

upphandlingen ska bli föremål för överprövning minskar också. Utredningen har även funnit bevis för att dialog och samråd kan leda till ökad medverkan av små och medelstora företag.

Fördelarna med förhandling består t.ex. i ökade möjligheter att tillvarata anbudsgivarnas engagemang och vilja att erbjuda lösningar som möter de upphandlande myndigheternas och enheternas särskilda behov. Den ökar också det allmännas möjligheter att ta tillvara innovativa lösningar.

De föreslagna upphandlingsdirektiven innehåller två nyheter på området. En bestämmelse som uttrycker stöd för olika former av dialog och samråd i samband med en upphandling. Dessutom föreslås ett nytt förfarande som medför att utrymmet för förhandling utvidgas. Utredningen välkomnar båda förslagen och föreslår att de utökade förhandlingsmöjligheterna genomförs i LOU. Utredningen bedömer vidare att behovet är stort av ett samordnat och breddat upphandlingsstöd som vägleder upphandlande myndigheter och enheter vid deras användning av dialog och förhandling.

Höjda beloppsgränser för direktupphandling

Utredningen uppmärksammades tidigt på att nuvarande gränser för direktupphandling inte anses ligga på en samhällsekonomisk optimal nivå. Det innebär att kostnaderna förenade med upphandlingar enligt LOU och LUF inte står i paritet med de vinster som förfarandena medför. En höjning av beloppsgränserna skulle leda till sänkta transaktionskostnader, förenklingar och ökad flexibilitet. Myndigheternas resurser kan i stället inriktas mot mer komplexa upphandlingar av högre värde. Därmed ökar det allmännas förutsättningar att göra goda affärer. Höjda gränser leder också till att företagens transaktionskostnader sänks. Undersökningar visar att företagens andel i snitt uppgår till så mycket som 85 procent av de totala transaktionskostnaderna för en upphandling. Till grund för utredningens förslag om höjda beloppsgränser för direktupphandling ligger bl.a. analyser av både svenska och norska forskare samt en jämförelse med de nordiska grannlänternas beloppsgränser.

Utredningen kan konstatera att det råder delade meningar om en höjd gräns för direktupphandling skulle få som följd att små och medelstora företags medverkan ökar. Utredningen har dock fått många bevis på att särskilt de mindre företagen upplever den

reglerade upphandlingen som krånglig och byråkratisk. Den utgör således ett inträdeshinder för många mindre företag som vill göra affärer med offentlig sektor. Att upphandlande myndigheter och enheter aktivt söker åstadkomma konkurrens är dock en förutsättning för att höjda beloppsgränser ska leda till att små och medelstora företags möjligheter, att ingå kontrakt med de allmänna, ska öka. Utredningen föreslår därför att upphandlande myndigheter och enheter ska anta riktlinjer för att genomföra direktupphandlingar.

Utredningen föreslår också att direktupphandlingar, som uppgår till värden mellan 100 000 kronor och gränsbeloppen, ska dokumenteras i särskild ordning. Syftet är dels att uppmärksamma upphandlande myndigheter och enheter på vilka steg och åtgärder som ska vidtas, dels att möjliggöra uppföljning i efterhand.

Upphandlingsutredningen föreslår sammanfattningsvis att

- gränserna för direktupphandling i LOU ska vara 600 000 kronor för varor och tjänster samt 1 200 000 kronor för byggtentreprenader och att motsvarande beloppsgränser inom LUF ska vara 1 000 000 respektive 1 600 000 kronor,
- riktlinjer för direktupphandling vid behov ska antas, samt
- en särskild dokumentationsplikt införs.

Annonsering av upphandlingar

Sverige har ingen nationell databas för annonsering av offentliga upphandlingar enligt LOU och LUF. Vi har i stället en unik lösning med flera aktörer som tillhandahåller upphandlingsannonser och därutöver erbjuder en flora av tjänster, alltifrån enklare, kostnadsfria prenumerationer på annonserna till skräddarsydda och avancerade bevakningstjänster.

Övervägande skäl talar för att dagens decentraliserade och marknadsdrivna lösning bör behållas. Den förefaller fungera relativt väl och konkurrensen på marknaden driver på utvecklingen mot värdeskapande informationstjänster. Betydelsefulla synergieffekter uppstår när de företag som tillhandahåller annonser även utvecklar elektroniska upphandlingssystem.

Utredningen har dock funnit att den offentliga upphandlingen skulle tjäna på om annonsdatabasernas synlighet ökade. Det finns också vissa tecken på att antalet aktörer på marknaden har minskat.

Det finns dock olika sätt att åstadkomma ökad synlighet och samtidigt förhindra en marknadskoncentration samt därtill underlätta insamlingen av statistik.

Den konkurrens som uppkommer när flera företag tillhandahåller upphandlingsannonser bådär för en god service till upphandlande myndigheter och enheter samt deras presumtiva leverantörer. Utredningen bedömer att en sådan ordning också gynnar utvecklingen av nya informationstjänster. Det är utredningens uppfattning att förslaget underlättar för små och medelstora företag vilket stärker konkurrensen i den offentliga upphandlingen.

Utredningen föreslår sammanfattningsvis att

- all annonsering enligt LOU och LUF ska ske i allmänt tillgängliga och godkända elektroniska databaser,
- alla privata aktörer som är intresserade av att förmedla annonser ska, utan att betala någon avgift, kunna ansöka om ett godkännande,
- den statistikansvariga myndigheten ansvarar för att godkänna de databaser som uppfyller särskilda krav, samt
- godkända databaser ska listas hos statliga myndigheter med upphandlingsstödjande funktioner.

Ökade möjligheter att beakta enskildas behov och val inom ramavtal där samtliga villkor är fastställda

Kritik har riktats mot att nuvarande reglering av ramavtalen, och i synnerhet vissa uttalanden i förarbetena, innebär begränsningar av möjligheterna att tillhandahålla god service till medborgarna. Kritiken går ut på att den enskildes behov och egna val endast undantagsvis får komma till uttryck vid upphandling av varor och tjänster. Huvudprincipen är i stället att avrop ska ske enligt en angiven rangordning av leverantörerna. Ett av direktivförslagen tydliggör dock att det finns ett nationellt handlingsutrymme, i så måtto att fysiska personers val och behov vid en viss typ av ramavtal får utgöra huvudsaklig grund för avrop. Möjligheten gäller alla typer av varor och tjänster som är avsedda att användas av den fysiska personen ifråga. Upphandlingsutredningen ser stora fördelar med att detta EU-rättsliga utrymme tas tillvara.

Utredningen föreslår därför att det uttryckligen och utan inskränkningar bör vara tillåtet, för den som är satt att bedöma enskildas vård- eller omsorgsbehov, att avropa sådana varor eller tjänster som den enskilde har särskilt behov av.

Vidare, genom avropsgrunden den enskildes val möjliggörs i LOU en maktförskjutning från politiker och tjänstemän till enskilda, som ger ökad valfrihet och ökat inflytande. Förslaget har således ett tydligt medborgarperspektiv. Utredningens förslag medför ökade möjligheter att – inom ramen för ett upphandlingsförfarande – införa valfrihet för varor och tjänster exempelvis hjälpmedel, färdtjänst, måltidstjänster och vuxenutbildningar. Utredningen gör också bedömningen att avrop enligt den enskildes val kommer att bidra till att öka de berörda varornas och tjänsternas kvalitet, dvs. som en konsekvens av att ramavtalsleverantörerna får konkurrera om medborgarnas gunst med kvalitet som medel.

Utredningen anser att den aktuella typen av avropsgrund kan komma att underlätta och möjliggöra valfrihet för enskilda som bor i glesbygd där LOV fungerat mindre väl. LOU och LOV skulle således kunna komplettera varandra och resultera i att valfrihet för varor och tjänster blir en realitet för medborgare i hela Sverige.

Det behövs dock flera alternativa varor och tjänster att välja mellan för att valfriheten ska bli reell. Därmed behövs också en mångfald av utförare. Alternativen bör samtidigt inte vara alltför många. Valfrihetssystem enligt LOV har i storstadsregionerna, i synnerhet beträffande hemtjänst, lockat ett väldigt stort antal utförare. Alltför många alternativ försvårar för den enskilde som ska välja och för den myndighet som ska följa upp kontrakten. Att upphandla ramavtal enligt LOU innebär – till skillnad mot LOV – att antalet utförare begränsas. Det bidrar till att valet för den enskilde underlättas och att den upphandlande myndighetens uppföljning blir enklare.

För att valfriheten ska bli reell krävs också att den enskilde känner till valmöjligheten och får sådan information som gör det möjligt att välja mellan alternativen. Det är således viktigt att upphandlande myndigheter, som väljer att tillämpa den aktuella typen av ramavtal, lämnar information som är anpassad till individen, situationen och den typ av vara eller tjänst som avses.

Utredningen föreslår sammanfattningsvis att

- det tydliggörs att den upphandlande myndigheten, vid den aktuella typen av ramavtal får avropa varor och tjänster från en leverantör enligt (1) en fastställd rangordning av ramavtalsleverantörerna,

(2) en professionell bedömning av en enskild persons särskilda behov, (3) en enskild persons val eller (4) annan objektiv fördelningsgrund. Möjligheten att beakta den enskildes val eller behov gäller förutsatt att varan eller tjänsten är avsedd för honom eller henne,

- det samordnade upphandlingsstödet ges ansvaret att ta fram vägledning som syftar till att öka förutsättningarna för och samtidigt uppmuntra de mindre företagens och icke-vinstsyftande organisationernas deltagande i upphandlingar av ramavtal med avropsgrunden den enskildes val. Vidare föreslås att de upphandlande myndigheterna får stöd inför de strategiska överväganden som föregår införandet av olika typer av förfaranden för valfrihet för enskilda, samt
- lämplig myndighet ska utveckla och administrera ett metodstöd för hur upphandlande myndigheter kan tillhandahålla information om valmöjligheter till enskilda.

Effektivare prövning av upphandlingsmål och en ny medlingsmekanism

I genomsnitt sju procent av alla annonserade upphandlingar blev under 2011 föremål för överprövning. För vissa branscher var andelen avsevärt högre. Överprövningarna leder inte sällan till förseningar och fördyringar samt att servicen till medborgarna försämras. Detta gör att många myndigheter också upplever upphandlingsverksamheten mera som en juridisk process än affärsprocess.

Domstolarna har fått kritik för att deras prövning är alltför strikt juridisk och inte ser till helheten eller följderna av besluten. Kritiken mot långa handläggningstider är också legio. Enligt Domstolsverkets statistik är den genomsnittliga handläggningstiden drygt fem månader vid en tvåinstansprövning. Den verkliga handläggningstiden är dock längre eftersom statistiken även omfattar sådana mål som avskrivs mer eller mindre direkt. Motstridig rättspraxis är ett annat problem som ofta nämns – och som enligt många myndigheter förstärker känslan av otrygghet när det gäller vad som är tillåtet eller inte.

Utredningen har noga prövat olika förslag i syfte att minska sannolikheten för överprövningar, förkorta handläggningstiderna, minska risken för motstridig praxis samt undvika störningar i

myndigheternas service i samband med en överprövning. Domstolarna är självständiga och det är inte utredningens sak att ifrågasätta deras arbete. Dock har utredningen identifierat ett antal åtgärder som vi menar effektivt skulle adressera de problem som tas upp.

Många upphandlingsmål är till sin karaktär komplexa och inbegriper inte sällan EU-rättsliga dimensioner. Målen kan röra mycket stora belopp och upphandlingskontrakten finansieras genom skattemedel. I stor utsträckning rör målen nyttotjänster och -varor där enskilda kan komma i kläm om leverans inte sker enligt plan. Därmed ligger det i allmänhetens intresse att handläggningen är så effektiv och så snabb som möjligt.

Vidare krävs specifik kompetens för handläggningen. Det är positivt att flera domstolar genomför intern specialisering. Men genom att sprida ut upphandlingsmålen över landets samtliga förvaltningsrätter och därtill ofta låta mindre erfarna domare ansvara för målen, har handläggningstiderna sannolikt förlängts och praxis blivit mindre enhetlig. Utredningen föreslår därför en koncentration av upphandlingsmålen till ett fåtal domstolar.

Ett centralt förslag från utredningen är att s.k. temporär direktupphandling ska vara tillåten under den tid en domstolsprocess pågår. Syftet är i första hand att undanröja risken för att viktig samhällsservice lamsläs under den pågående överprövningen. Förslaget bör också kunna resultera i att de upphandlande myndigheterna i större utsträckning vågar t.ex. utvärdera kvalitet och beakta innovativa lösningar.

Utredningen föreslår slutligen att en särskild medlingsmekanism inrättas vid det samordnade upphandlingsstödet. Den ska hjälpa till att lösa strukturella problem i samband med tillämpningen av upphandlingslagstiftningen inom vissa branscher. Bakgrunden till förslaget är att branschföreträdare för ett antal områden – såsom livsmedel, konsulttjänster, kontorsmöbler, byggtreprenader, hörselhjälpmedel och tandteknik – uppvaktat utredningen och framfört omfattande kritik.

Inom exempelvis livsmedelsbranschen blir t.ex. avtalade priser och sortiment föremål för omfattande revidering under kontraktstiden. Det är vidare oklart vilka krav som får ställas och det brister också i uppföljningen av avtalen. Även vid upphandling av ramavtal för kontorsmöbler pekas på problem – bl.a. att kvalitetsfrågorna ofta negligeras och att de mindre företagen slås ut på grund av upphandlingarnas utformning. I andra branscher, där det offentliga

är den största eller enda kunden, leder stora kontrakt till att överprövningsfrekvensen ökar och emellanåt lamslår upphandlingarna. Ibland är problemen så djupgående att köpare och säljare helt misslyckas med att föra en konstruktiv dialog. Överprövningar ses i sammanhanget inte som en lösning utan snarare som en del av problemet.

Ett sätt att ta itu med dessa strukturella problem vore enligt Upphandlingsutredningen att engagera en kompetent och kunnig tredje part. Denna part skulle ha som uppgift att bidra till att identifiera problemen och att hjälpa parterna att hitta långsiktiga lösningar.

Upphandlingsutredningen föreslår sammanfattningsvis att

- upphandlingsmålen koncentreras till tre förvaltningsrätter och en kammarrätt,
- direktupphandling temporärt får användas när en upphandling blivit föremål för överprövning, samt
- en medlingsfunktion inrättas vid det samordnade upphandlingsstödet med ansvar att utreda – och i samverkan med berörda parter – föreslå lösningar på strukturella problem inom specifika upphandlingsmarknader.

Utredningen utgår också från att andra förslag om exempelvis ökad användning och större utrymme för dialog och förhandling samt höjda beloppsgränser för direktupphandling ska medverka till att överprövningsfrekvensen minskar.

Miljömässigt och socialt ansvarsfull upphandling

En central del av Upphandlingsutredningens uppdrag har varit att utreda möjligheterna att effektivt använda offentlig upphandling för att bidra till olika samhällspolitiska mål, som hänsyn till miljö och klimat, hushållning med naturresurser och en socialt ansvarsfull utveckling. Redan i utredningens delbetänkande refererades till det omfattande arbete som pågår på internationell nivå – inte minst i forskarvärlden – för att analysera de globala miljö- och resursproblemen och ge förslag till lösningar. Särskilt uppmärksammades ett nytt och framväxande forskningsområde på temat "planetens gränser". Forskningen visar att pressen snabbt ökar både på naturresursbasen – däribland många viktiga ekosystem – och atmosfären genom det

mänskliga samhällets påverkan. Den slutsats forskarna drar är att en balans snarast måste nås mellan människans aktiviteter och biosfären samt klimatet.

Avsaknaden av effektiva internationella regelverk är ett stort problem. Det får dock inte innebära att utmaningarna kring klimat, miljö och resurser lämnas därhän. Olika regioner – men också enskilda länder – kan göra mycket för att minska pressen i klimat, miljö- och naturresurshänsen samt utveckla hållbar teknik och affärsmodeller som kan spridas till andra delar av världen. Att ta miljöhänsyn är vare sig ett särintresse eller sektorsintresse. I en värld med snabbt växande ekonomier och befolkningar kan väl utformade miljökrav inom offentlig upphandling ge värdefulla bidrag till en mer hållbar utveckling och därmed stärka förutsättningarna för framtida välfärd.

Sverige har ett av världens mest utbyggda välfärdssystem. De insatser som samhällets olika institutioner gör för att möta sociala problem är betydande. Dessa insatser kompletteras av det civila samhället som erbjuder en mångfald av olika verksamheter och metoder med syfte att bistå grupper som hamnat utanför gemenskapen. Samtidigt finns det sprickor i välfärden. Många människor kommer inte till sin rätt på grund av olika typer av diskriminering, tillgänglighetshinder, socialt utanförskap eller exkludering. Resultatet blir alltför ofta social utestängning för människor med kapacitet, värderingar eller livsstil som skiljer sig från "normen". Därtill finns det oroande tendenser angående den politiska och sociala sammanhållningen i Europa. Tanken om lika rättigheter och möjligheter – i synnerhet oavsett etnicitet och religion – ifrågasätts alltmer. Den snabbt stigande arbetslösheten, inte minst bland unga människor, är särskilt oroande. I vissa länder i Europa talar man i termer av en förlorad generation. Mot bakgrund av den offentliga upphandlingens storlek och att allt mer av välfärdsproduktionen upphandlas är det naturligt att beakta möjligheterna att adressera dessa utmaningar genom krav på sociala hänsyn.

Samtidigt är det av stor vikt att upphandlade myndigheter och enheter inte okritiskt och slentrianmässigt ställer krav på att leverantörerna ska ta miljöhänsyn eller sociala hänsyn. Ett sådant förhållningssätt kan leda till att tillgängliga resurser används på ett ineffektivt sätt. Den samhällsekonomiska beslutsregeln stipulerar att krav på miljöhänsyn eller sociala hänsyn ska ställas i upphandlingar närhelst samhällsnyttan överstiger kostnaden. Att omsätta denna beslutsregel i praktisk handling är dock inte okomplicerat, inte

minst eftersom den begränsar analysen till att enbart handla om samhällsekonomisk effektivitet. I praktiken måste en bredare palett av beslutskriterier ofta beaktas, såsom rättvisa-/jämlighetssträvanden, transparens, administrativa kostnader, genomförbarhet m.m.

Enligt utredningens uppfattning måste tillgängliga styrmedel analyseras och värderas med utgångspunkt från denna bredare ansats. Därtill ska särskilt understrykas att generellt verkande styrmedel – av typen koldioxidskatt – som i stort sett i alla lägen är att föredra, ofta är mycket svåra att genomföra. Det framgår tydligt av talrika förhandlingar inom både FN och EU.

Utredningen har låtit företa ett antal studier i syfte att klarlägga kunskapsläget inom OECD-området kring miljö- och sociala krav i offentliga upphandlingar. En särskild studie har också genomförts med avseende på hur långtgående krav som får ställas i förhållande till EU-lagstiftningen. Även efter dessa studier kan konstateras att behovet av ytterligare forskning, analys och klargöranden är stort. Men det finns enligt utredningens uppfattning ett antal robusta insikter som följer av tillgänglig forskning. Dessa är att

- offentlig upphandling är ett måleffektivt instrument när det gäller miljöhänsyn – det kan verksamt bidra till att Sverige uppnår miljö-kvalitetsmålen och generationsmålet – medan kostnadseffektiviteten är mer svårbedömd,
- när generella styrmedel finns på plats, som bedöms ge god effekt, ska miljöanpassad offentlig upphandling inte användas,
- upphandling är ett viktigt komplement till andra styrmedel, i synnerhet när det saknas generellt verksamma åtgärder,
- livscykelkostnadsanalyser kan många gånger leda till både minskade kostnader och lägre miljöpåverkan,
- offentlig upphandling kan med goda resultat användas för att bidra till att lösa eller dämpa problem på lokal och regional nivå,
- miljöanpassad upphandling har en betydande innovationspotential och därmed möjlighet att främja utvecklingen av s.k. transformativa lösningar för en mer hållbar utveckling,
- upphandlande myndigheter och enheter kan, under vissa förutsättningar, ta miljö- och sociala hänsyn som går längre än EU-lagstiftningen på det aktuella området,

- både internationella och svenska erfarenheter talar för att genomtänkta och välformulerade sociala krav kan göra skillnad när det gäller att bidra till samhällsliga mål som antidiskriminering, ökad respekt för grundläggande rättigheter, bättre arbetsmiljö, ökad tillgänglighet och ökad sysselsättning, samt
- ökat deltagande från den ideella sektorn har ett egenvärde i så måtto att det bidrar till ökad mångfald, innovativa lösningar, ger utrymme för medborgare att kanalisera sitt engagemang och bidra till sociala mål samt exponerar samhället i stort för viktiga principer om humanitet och rättvisa.

Utredningen har särskilt analyserat behovet av transformativa lösningar. Utgångspunkten är att, i en framtida värld med 9 miljarder människor, effektiviseringar inom befintlig teknik inte är tillräckliga för att möta olika typer av miljö- och resursbegränsningar. Behovet av tekniksprång, ändrade beteenden eller andra sätt att organisera verksamheten är därför stort. Med transformativa lösningar avses sådana lösningar som minskar energi- och resursanvändningen med minst 80 procent jämfört med dagens teknik. Ett tydligt exempel är att ersätta fysiska möten och resor med virtuella möten. Ett annat är att bygga noll-energihus, som under viss del av dygnet kan agera nettoleverantör till elnätet. Ett tredje exempel kan vara att uppmuntra utvecklingen av produkter med ökad livslängd, till exempel genom affärsmodeller som går ut på att kunden hyr i stället för att köpa nytt. Utredningen ser en stor potential för denna typ av lösningar och menar att den offentliga sektorn har en viktig roll att spela. Med de flexibla regler som föreslås inom upphandlingsregelverket – och det stora intresset för innovationsupphandling – framstår transformativa lösningar som en spännande möjlighet.

Mot denna bakgrund föreslår Upphandlingsutredningen att

- regeringen tar initiativ till ett utökat – och mer formaliserat – nordiskt samarbete kring utformning och uppföljning av miljö-kriterier och sociala kriterier samt upphandling av transformativa lösningar. Europeiskt samarbete bör i sammanhanget eftersträvas,
- det samordnade upphandlingsstödet (alternativt Miljöstyrningsrådet) ges ansvaret att utforma miljökravpaket för de vanligaste produktområdena. Syftet är att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter att ställa och följa upp relevanta och

effektiva krav. Dessa paket kan med fördel integreras med det föreslagna produktkategoristödet,

- Statens Inköpscentral – i samråd med det samordnade upphandlingsstödet alternativt Miljöstyrningsrådet – ges ansvaret att upphandla ramavtal för effektiv uppföljning av miljökrav,
- Statens Inköpscentral ges uppdraget att, i dialog med berörda myndigheter och marknadsaktörer, identifiera vilka behovsområden som är lämpliga för transformativa lösningar. Arbetet genomförs i samarbete med marknaden och andra myndigheter med uppgifter på innovationsområdet. Vidare ska internationellt samarbete eftersträvas,
- det samordnade upphandlingsstödet alternativt Miljöstyrningsrådet ges ansvaret att utveckla vägledningar för hur livscykelkostnader kan beaktas i offentliga upphandlingar. I uppdraget ingår att framför allt identifiera – och utveckla vägledningar – för de produktområden där det är särskilt viktigt att ta hänsyn till externa kostnader. I sammanhanget är det angeläget att belysa vilka hinder som dagens budgetprinciper m.m. innebär för en ökad användning av livscykelkostnadsanalyser i offentlig upphandling,
- det samordnade upphandlingsstödet ges ansvaret att utveckla kriterier för socialt ansvarsfull offentlig upphandling samt beskriva lämpliga uppföljningsmetoder. Särskild uppmärksamhet ska ägnas frågan hur upphandlingarna ska kunna fånga upp de mervärden som de idéburna organisationerna representerar,
- det samordnade upphandlingsstödet ges ansvaret att utarbeta en särskild vägledning om gränsdragningen mellan upphandling och bidragsgivning, samt
- direktivförslagets bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs i LOU och LUF.

Nationell upphandlingsstatistik

En viktig del i utredningens uppdrag har varit att se över den nationella statistiken för den offentliga upphandlingen i Sverige. Statistiken har under ett antal år närmast varit synonym med den statistik om offentlig upphandling som Sverige enligt upphandlingsdirektiven årligen är skyldig att samla in och lämna till EU-kommissionen.

Den omfattar endast en begränsad del av alla upphandlingar som genomförs, saknar regelmässigt viktiga uppgifter och är dessutom allmänt informationsfattig. Till följd av den undermåliga statistiken råder en betydande osäkerhet om hur stora summor den offentliga upphandlingen i Sverige egentligen omsätter. Vidare brister informationen om hur konkurrenssituationen på de olika upphandlingsmarknaderna ser ut. Det finns inte heller någon tillförlitlig statistik om i vilken omfattning som företag av olika storlek deltar i offentliga upphandlingar. Det framgår heller inte i vilken utsträckning olika typer av miljökrav eller sociala krav ställs samt vilka effekter de leder till. Dessa brister gör att statistiken inte går att använda till några djupare analyser; den är närmast oanvändbar.

För att kunna realisera och kontinuerligt utveckla den goda affären måste statistiken på ett helt annat sätt utgå från den svenska offentliga sektorns behov. Vilka möjligheter finns då att förbättra statistiken och statistikinsamlingen? Utredningen vill uppmärksamma två hoppgivande omständigheter. För det första pågår i stora delar av den offentliga förvaltningen en övergång till elektroniska upphandlings- och beställningsförfaranden. Detta innebär på sikt radikalt bättre förutsättningar att samla in upphandlings- och inköpsstatistik. Denna utveckling ska enligt utredningen beaktas när man överväger ett lämpligt statistikförfarande. Det som inte är möjligt i dag kommer att vara möjligt om en inte alltför avlägsen framtid. För det andra har den nationella upphandlingsstatistiken under de allra senaste åren genom den statistikansvariga myndighetens, dvs. Konkurrensverkets, försorg tydligt förbättrats. En betydligt mer intressant nationell upphandlingsstatistik har tagits fram som i allt väsentligt baseras på sådan information som finns i de privata annonsdatabaserna. Konkurrensverket har därför föreslagit att den nationella upphandlingsstatistiken i framtiden bör bygga på information ur upphandlingsannonser.

Upphandlingsutredningen har mot bakgrund av dessa två omständigheter dragit två slutsatser. Dels att upphandlingsstatistiken framgent huvudsakligen bör utgå från information som finns i annonser och efterannonser som upphandlande myndigheter och enheter publicerar i samband med sina respektive upphandlingar. Dels att mer detaljerad information, om framför allt upphandlingars utfall i termer av faktiska inköpsvolymen m.m., kan samlas in när de elektroniska upphandlings- och beställningssystemen är på plats hos majoriteten av de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Det är med andra ord naturligt att tänka på ett framtida statistikinsamlingsförfarande i två steg. I ett första steg föreslår

Upphandlingsutredningen därför att

- den nationella upphandlingsstatistiken primärt ska baseras på information ur annonser och efterannonser. Dessa uppgifter ska samlas in för samtliga upphandlingar som genomförs enligt LOU och LUF. Direktupphandlingar är dock undantagna,
- för upphandlingar under tröskelvärdena enligt LOU och LUF, införs en utvidgad annonsering och krav på efterannonsering,
- annonsdatabaser, som godkänts av den statistikansvariga myndigheten, en gång per år ska leverera efterfrågade statistikuppgifter till den statistikansvariga myndigheten,
- statistiken, när det gäller upphandlingar enligt LOV, ska baseras på annonser som publiceras på Valfrihetswebben,
- en kompletterande statistikinsamling om värdet av upphandlande myndigheternas och enheters totala inköp ska göras,
- fördjupade stickprovsundersökningar kontinuerligt ska genomföras för att komplettera den övriga upphandlingsstatistiken, framför allt på miljöområdet och det sociala området, samt
- en nationell statistikdatabas för offentlig upphandling ska inrättas.

De statistiska uppgifterna för 2015 ska samlas in från och med 2016.

Utredningen föreslår också att en permanent arbetsgrupp bildas som består av representanter för olika myndigheter och näringslivsorganisationer. Gruppen ska lämna förslag på de närmare detaljerna om vilken statistik som ska samlas in och hur insamlingen rent tekniskt ska gå till. En viktig arbetsuppgift för gruppen ska vara att följa den tekniska utvecklingen och bedöma när mer detaljerade uppgifter om bl.a. inköpsvolymerna ska samlas in.

En ny upphandlingsmyndighet

Betydelsen av en höjd kompetensnivå hos dem som på olika sätt ansvarar för upphandlingsfrågor kan inte nog understrykas. Detta är bakgrunden till utredningens förslag om forskning och utbildning på akademisk nivå. Lika viktigt är dock att den statliga verksamheten för

stöd och vägledning byggs ut. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet och Miljöstyrningsrådet bedriver i dag denna verksamhet, under de förutsättningar som gäller, på ett förtjänstfullt sätt. Avgörande skäl talar dock inte bara för en väsentlig breddning – vilket framgår utredningens många förslag – utan även för att verksamheten samlas under en hatt i en ny myndighet. I och med detta konstaterande stödjer Upphandlingsutredningen inrättandet av en ny myndighet såsom föreslagits av Upphandlingsstödsutredningen.

Motiven för att skapa en självständig myndighet är flera. Upphandlingsstödet behöver vara synligt och ledningen bör fokusera på den goda affären. Det behöver därtill anläggas ett strategiskt perspektiv och väga samman alla de olika mål och hänsyn som är aktuella i upphandlingssammanhang. Den vägledning som ges behöver vara konsekvent och trovärdig. Dagens situation, med parallellt arbetande organ som svarar för stöd och vägledning, och därtill en tillsynsmyndighet, Konkurrensverket, som regelmässigt gör markeringar i olika tillämpningsfrågor är inte optimal. Budskapen har inte alltid varit samstämmiga vilket skapat förvirring. En ny självständig myndighet skulle vara en tydlig markering av den vikt statsmakterna ger upphandlingen och därtill naturlig med hänsyn till mångfalden av uppgifter.

Utredningen anser i princip att även Miljöstyrningsrådets kriterieverksamhet bör ingå i den nya samordnade myndigheten. Motivet är att miljöfrågorna tjänar bäst på att integreras i upphandlingsprocessen i stort. Alla frågor, inklusive miljöhänsyn, ska till syvende och sist sammanvägas och resultera i en enskild upphandling. Det kräver således att miljökriterierna förhåller sig till och balanseras mot andra aspekter av den offentliga upphandlingen. Ett villkor är dock att Miljöstyrningsrådets verksamhet och de värden som byggts upp noga analyseras. Det är nämligen angeläget att den verksamhet som Miljöstyrningsrådet bedriver tillåts, med bibehållen integritet, fortsätta att utvecklas enligt de förutsättningar som gäller i dag.

Förkortningslista

CPV	Kommissionens nomenklatur för varor, tjänster och byggtreprenader
dir.	kommittédirektiv
ESV	Ekonomistyrningsverket
ILO	International Labour Organization
ISO	International Organization for Standardization
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Kommunallagen (1991:900)
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LOV	Lagen (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MSR	AB Svenska Miljöstyrningsrådet
prop.	proposition
SCB	Statistiska centralbyrån

SKL	Sveriges Kommuner och Landsting
SOI	Sveriges Offentliga Inköpare
SOU	Statens offentliga utredningar
TED	Tender Electronic Daily

Författningsförslag

1 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att 15 kap. 4, 5 och 5 a §§ i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling¹ ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

15 kap.

4 §

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, *eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.*

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en *godkänd* elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en *godkänd* elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv

¹ Uppdaterad t.o.m. SFS 2012:392.

konkurrens ska uppnås.

konkurrens ska uppnås.

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal enligt detta kapitel ska till en godkänd elektronisk databas skicka en annons om upphandlingens resultat senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts (efterannonsering).

Bestämmelserna i fjärde stycket gäller inte när kontrakt tilldelats inom ett ramavtal som ingåtts enligt detta kapitel.

En annons om upphandling enligt 4 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten.

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

- 1. hur anbud får lämnas,*
- 2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och*
- 3. den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.*

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

- 1. hur en anbudsansökan får lämnas, och*
- 2. den dag ansökan senast ska ha kommit in.*

5 §

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om upphandling.

5 a §

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera

sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn).

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

sin avsikt i en *godkänd* elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn).

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Härigenom föreskrivs att 15 kap. 4, 5 och 5 a §§ i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster² ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

15 kap.

4 §

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, *eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.*

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en *godkänd* elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en *godkänd* elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal enligt detta kapitel ska till en godkänd elektronisk databas skicka en annons om upphandlingens

² Uppdaterad t.o.m. SFS 2011:1031.

resultat senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts (efterannonsering).

Bestämmelserna i fjärde stycket gäller inte när kontrakt tilldelats inom ett ramavtal som ingåtts enligt detta kapitel.

5 §

En annons om upphandling enligt 4 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande enheten.

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

- 1. hur anbud får lämnas,*
- 2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och*
- 3. den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.*

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

- 1. hur en anbudsansökan får lämnas, och*
- 2. den dag ansökan senast ska ha kommit in.*

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om upphandling.

5 a §

En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn).

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en godkänd elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn).

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

3 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem

Härigenom föreskrivs att 2 a § i lagen (2008:962) om valfrihetssystem ska ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 a

Den upphandlande myndigheten ska regelbundet lämna uppgifter om organisationsnummer på de leverantörer som anslutits till eller utträtt ur ett valfrihetssystem till den myndighet som ansvarar för den nationella webbplatsen.

4 Förslag till förordning om ändring i upphandlingsförordningen (2011:1040)

Härigenom föreskrivs att i upphandlingsförordningen (2011:1040) införa 1 a, 2 a, 3 a, 7 a, 9 a och 10 a §§ samt att närmast efter 1 § och den nya 2 a § införa nya rubriker enligt nedan.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

En godkänd elektronisk databas

1 a §

En elektronisk databas ska för att bli godkänd

1. publicera annonser enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

2. använda den tekniska standard för annonsen som statistikansvarig myndighet fastställt,

3. ta emot och publicera annonser elektroniskt,

4. ange om annonsen är en originalannons.

5. tillhandahålla sådan statistik som statistikansvarig myndighet efterfrågar,

6. låta presumtiva anbudsgivare utan kostnad söka i databasen enligt de minimikrav som statistikansvarig myndighet fastställt, samt

7. åta sig att tydlig ange vilka varor, tjänster eller byggentreprenader som den annonserar.

Med originalannons avses den

annons i vilken den enskilda upphandlingen ursprungligen publicerades.

2 a §

En annons om upphandling enligt 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 15 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska skickas elektroniskt eller på annat sätt till en godkänd elektronisk databas för publicering. En upphandlande myndighet eller enhet får även offentliggöra upphandlingen på annat sätt under förutsättning att 7 a och 9 a §§ följs.

Innehåll i vissa annonser

3 a §

En annons om upphandling enligt 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 15 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska innehålla

- 1. den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och kontaktuppgifter,*
- 2. datum för publicering,*
- 3. referensnummer enligt CPV-nomenklaturen,*
- 4. valt upphandlingsförfarande,*
- 5. grund för tilldelning av kontrakt,*

6. om upphandlingen avser ett ramavtal eller en elektronisk auktion,

7. vid upphandling av ramavtal, vald avropsordning,

8. hur anbud eller anbudsansökan får lämnas,

9. den dag då anbud eller anbudsansökan senast ska ha kommit in,

10. vid förenklat förfarande, den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande,

11. avtalstid, samt

12. om det finns möjligheter att förlänga avtalet, den tid som förlängningen som längst kan uppgå till.

7 a §

En upphandlande myndighet eller enhet får inte på egen hand publicera eller på något annat sätt offentliggöra innehållet i en annons innan den har skickats till den godkända elektroniska databasen.

Första stycket gäller inte efterannonsering enligt 15 kap. 4 § tredje stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 15 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

En annons som den upphandlande myndigheten eller enheten publicerar på egen hand får inte innehålla annan information än den som har skickats till den godkända elektroniska data-

basen. Annonserna ska innehålla uppgift om vilken dag den skickades.

9 a §

En annons om en upphandling som omfattas av 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 15 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska publiceras i en godkänd elektronisk annonsdatabas enligt det format som statistikansvarig myndighet fastställt.

10 a §

En annons om upphandlingens resultat enligt 15 kap. 4 § tredje stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 15 kap. 4 § tredje stycket lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska innehålla

1. den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och kontaktuppgifter,
2. referensnummer enligt CPV-nomenklaturen,
3. det tillämpade förfarandet,
4. om upphandlingen avsåg ett ramavtal,
5. avtalstiden,
6. värdet av kontraktet eller ramavtalet under avtalstiden, inklusive eventuella förlängningsklausuler,
7. organisationsnummer på

*företagen som lämnat anbud,
samt
8. vilket eller vilka företag som
vunnit upphandlingen.*

1 Uppdraget

1.1 Utredningens uppdrag

Upphandlingsutredningens huvudsakliga uppdrag är att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv samt se över insamlingen av upphandlingsstatistik.¹

Syftet med uppdraget är att utvärdera om regelverket i tillräcklig utsträckning möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att göra goda affärer genom att tillvarata konkurrensen på marknaden och samtidigt använda sin köpkraft till att förbättra miljön, ta sociala och etiska hänsyn samt verka för ökade affärsmöjligheter för små och medelstora företag. Utvärderingen har genomförts i flera steg och till del redovisats i delbetänkandet *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*.²

I detta betänkande behandlas resten av utredningsuppdraget. Det innehåller ytterligare analyser och förslag till åtgärder med syfte att förbättra den offentliga upphandlingens ekonomiska effektivitet och verka för de ovan angivna samhällspolitiska målen. Betänkandet innehåller också förslag på metoder för insamling av statistik och vilka uppgifter som ska samlas in.

Uppdraget har i enlighet med direktiven genomförts på ett utåtriktat sätt i nära kontakt med statliga myndigheter, kommuner, landsting, arbetsmarknadens parter, företag och intresseorganisationer.

¹ Dir. 2010:86, 2012:10 och 2012:107, se bilaga 1, 2 och 2a.

² SOU 2011:73.

1.2 Delbetänkandet och remissynpunkter

1.2.1 Delbetänkandet³

Delbetänkandet var omvärlds- och problembeskrivande och beskrev utredningens vägval inför det fortsatta arbetet. Delbetänkandet innehöll därför inga förslag. I utredningens uppgifter låg att nära följa EU:s översyn och i sammanhanget tydliggöra viktiga svenska erfarenheter av regelverket, inklusive ge förslag på förändringar. Utredningen bidrog i det sammanhanget framför allt med underlag till regeringens svar på kommissionens grönbok. Utredningen konstaterade att EU-direktiven på upphandlingsområdet har som primärt mål att främja den gränsöverskridande handeln. Översynen i Sverige föreslogs dock få en bredare inriktning och syfte dvs. att möjliggöra *den goda affären*. Begreppet ges ett närmare innehåll i 2 kap.

Prioriterade frågor i delbetänkandet

Med stöd i det utåtriktade arbetet och egna analyser angav utredningen följande områden som prioriterade.

- Analysera prövningen av upphandlingsmål i allmän förvaltningsdomstol, och då särskilt domstolarnas handläggningstider och de upplevda problemen med motstridig kammarrättspraxis,
- öka möjligheter till förhandling och dialog mellan parterna,
- översyn av beloppsgränserna för direktupphandling,
- förbättra ramavtalsbestämmelserna i syfte att kunna beakta den enskildes behov och val,
- analysera olika utvärderingsmodeller,
- analysera behovet av förbättrad priskontroll,
- analysera och verka för en utveckling av kvalitetsbegreppet och ställandet av kvalitetskrav inom offentlig upphandling,
- tydliggöra behovet av strategiska perspektiv inom offentlig upphandling,
- analysera behovet av uppföljning och utvärdering av kontrakt,

³ Sammanfattningen av delbetänkandet finns i bilaga 4.

- verka för elektronisk upphandling,
- klargöra bestämmelserna om uteslutning av leverantörer⁴,
- tydliggöra värdet av offentlig upphandling som styrmedel för att nå samhällspolitiska mål på hållbarhetsområdet,
- göra en EU-rättslig analys av krav i upphandlingar som går utöver EU:s minimilagstiftning och harmoniserande lagstiftning,
- analysera möjligheten att upphandla transformativa lösningar,
- belysa koncepten livscykelanalyser och livscykelkostnader i upphandlingssammanhang,
- överväga en kriterieverksamhet för social ansvarfull offentlig upphandling,
- göra en juridisk analys av skillnaden mellan upphandling och bidragsgivning, samt
- överväga ett genomförande av upphandlingsdirektivens bestämmelser om reserverade kontrakt.

Utöver ovanstående lista tillkom små och medelstora företags medverkan i offentliga upphandlingar som ett särskilt prioriterat område. Utredningen underströk att flera av de åtgärder som övervägs kan komma att påverka de små och medelstora företagens möjligheter att delta i offentliga upphandlingar på ett positivt sätt.

Det framhölls också att upphandlingar av vissa varor och tjänster är särskilt problematiska. I ett särskilt avsnitt beskrevs därför specifika erfarenheter och synpunkter gällande livsmedels- konsult- och bygg-entreprenadupphandlingar.

I delbetänkandet beskrevs tre alternativa nivåer på upphandlingsstatistiken som utgångspunkt för det fortsatta arbetet.

⁴ Denna fråga behandlas av Utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09).

1.2.3 Remissvar⁵

Remissförfarandet omfattade 112 remissinstanser varav 92 stycken lämnade svar. Dessutom inkom 27 spontana remissvar.

En majoritet av remissinstanserna uttryckte sitt stöd för den inriktning av det fortsatta arbetet som beskrivits i delbetänkandet och de problem och frågor som aktualiserats. Betoningen av den goda affären som mål för analysen fick en bred uppslutning liksom vikten av att nära följa översynen av upphandlingsdirektiven.

Det framhölls också att det finns ett stort behov av utökat stöd och vägledning inom området offentlig upphandling. Många remissinstanser underströk att det krävs regeländringar för att uppnå önskvärda förenklingar och effektiviseringar inom upphandlingsområdet.

Remissinstanserna instämde i att det vore positivt om statistikinsamlingen kunde förbättras. Detta arbete får dock inte bli för resurskrävande eller administrativt betungande för myndigheterna.

1.3 Slutbetänkandets syfte och avgränsning m.m.

1.3.1 Vad ska och kan Upphandlingsutredningens förslag omfatta?

Förväntningarna på utredningens förslag är stora. Det följer av regeringens breda uppdrag och att ett mycket stort antal frågor väckts och tydliggjorts under utredningsarbetet.

Utredningens handlingsutrymme påverkas naturligtvis av EU-rättens ramar och den pågående direktivöversynen. Vidare har utredningen att förhålla sig till andra utredningar som regeringen tillsatt (se avsnitt 1.4). Varje översyn av upphandlingslagstiftningen berör både regelverket och dess tillämpning. I översynen av tillämpningen ingår helt naturligt en värdering av de olika former av stöd som erbjuds de upphandlande myndigheterna och enheterna. Det statliga upphandlingsstödet har under senare år stegvis byggts ut. För att möjliggöra den goda affären – och för att tillgodose de förslag som utredningen lägger fram – krävs dock en fortsatt prioritering av upphandlingsstödjande åtgärder, innebärande en översyn av både formerna, bredden och djupet i verksamheten.

⁵ Sammanfattning av remissvar finns i bilaga 5.

Förslag som avser förändringar av regelverket kan i huvudsak avse endast sådana upphandlingar som regleras i 15 kap. LOU och LUF. Dessa bestämmelser, som avser upphandling som inte alls eller endast delvis omfattas av upphandlingsdirektiven, omfattas dock av de grundläggande EU-rättsliga principerna om exempelvis ickediskriminering, likabehandling, och transparens i det fall ett gränsöverskridande intresse föreligger. Ett antal frågeställningar som väckts under utredningens arbete innehåller dock önskemål om förändrade upphandlingsdirektiv. Utredningen har under förhandlingarna av upphandlingsdirektiven haft ett löpande samarbete med regeringskansliet. Det innebär att utredningen har kunnat förmedla erfarenheter och synpunkter som har relevans vid förhandlingarna av de nya upphandlingsdirektiven. Eftersom direktivförhandlingarna är i slutfasen ges i slutbetänkandet inga ytterligare förslag på förändringar av upphandlingsdirektiven. Det bedöms nämligen inte möjligt att få gehör för ytterligare förslag i detta sena skede av EU:s lagstiftningsprocess.

Med beaktande av EU:s upphandlingsregelverk kan utredningen således föreslå åtgärder som syftar till att underlätta och förbättra den offentliga upphandlingen på ett övergripande plan men också i mer specifika upphandlingssituationer. Det huvudsakliga syftet med betänkandet är därför att

- lämna underlag som kan underlätta genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven och förenkla upphandlingen som genomförs enligt 15 kap. LOU och LUF,
- föreslå åtgärder som kan förbättra den offentliga upphandlingens ekonomiska effektivitet,
- föreslå åtgärder som verkar för de prioriterade samhällspolitiska målen, dvs. inom miljöområdet, det sociala området och beträffande små och medelstora företag, samt
- föreslå metoder för statistikinsamling och uppgifter som ska samlas in.

1.3.2 Direktivförslagen som behandlas i betänkandet

I sammanhanget understryks att de nya upphandlingsdirektiven inte antagits när detta betänkande gick i tryck. Utredningens förslag baseras således på Konkurrenskraftrådets överenskommelse beträffande båda upphandlingsdirektivet från den 30 november 2012⁶ som behandlades den 10–11 december 2012. Upphandlingsutredningen har även beaktat de betänkande som Europaparlamentets ansvariga utskott beslutat – beträffande det klassiska direktivförslaget – den 12 december 2012⁷ och för det förslagna försörjningsdirektivet den 7 februari 2013⁸. Mot bakgrund av IMCO:s betänkanden gör Upphandlingsutredningen bedömningen att flertalet bestämmelser i direktivförslagen, som behandlas i detta betänkande, kommer att finnas kvar i det slutliga förslaget (efter den omröstning i Europaparlamentet som planeras till den 16 april 2013 i form av en s.k. förstaläsningsöverenskommelse). I några få fall kan det bli fråga om större förändringar i sak, men merparten av de förändringar som diskuteras rör detaljer. Sammanfattningsvis ska läsaren dock ha klart för sig att direktivförslagen som behandlas i betänkandet kan komma att få en något annorlunda slutlig utformning.

1.3.3 Avgränsningar för Upphandlingsutredningens arbete

Utredningen har – med beaktande av remissinstansernas synpunkter – följt den huvudsakliga inriktning som gavs uttryck för i delbetänkandet.

Intressenternas frågeställningar och problembeskrivningar är omfattande. Utredningens direktiv ger dock vissa begränsningar för utredningens arbete. Betänkandet behandlar därför inte frågor som rör

⁶ Det klassiska direktivförslaget 2011/0438 (COD), 16725/1/12 REV 1 och förslaget till försörjningsdirektiv 2011/0439 (COD), 16729/12.

⁷ Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), A7-0007/2013, 11.1.2013.

⁸ Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (COM(2011)0895 – C7-0007/2012 – 2011/0439(COD)), A7-0034/2013, 7.2.2013.

- andra direktiv än det klassiska direktivet⁹, och försörjningsdirektivet¹⁰,
- 16 och 17 kap. LOU respektive LUF som reglerar rättsmedel vid offentlig upphandling,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, samt
- det föreslagna direktivet om tjänstekoncessioner och lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) i annat avseende än i frågan om insamling av upphandlingsstatistik.

Utredningen ska därutöver beakta de förslag som ingår i Innovationsutredningens betänkande Innovationsupphandling.¹¹ Detta tolkas på så vis att Upphandlingsutredningen ger uttryck för om och hur utredningens förslag bidrar till att främja innovationer och nya lösningar.

1.4 Viktiga statliga utredningar

Ett antal statliga utredningar pågår och har genomförts parallellt med Upphandlingsutredningen. I det följande beskrivs några av de viktigaste som har en nära koppling till Upphandlingsutredningens arbete.

1.4.1 Upphandlingsstödutredningen

Upphandlingsstödutredningen hade under 2011/2012 i uppdrag att utreda om det statliga upphandlingsstödet borde samordnas i syfte att öka kompetens, tillgänglighet, enhetlighet och synlighet gentemot upphandlingsmarknadens aktörer. Om ingen befintlig myndighet visade sig lämplig kunde utredaren överväga inrättandet av en ny myndighet.¹² AB Svenska Miljöstyrningsrådets (MSR) kriterieverksamhet ingick inte i uppdraget.

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG Samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG Samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹¹ Innovationsupphandling, SOU 2010:56.

¹² Dir. 2011:78.

Utredningen har i sitt arbete tagit hänsyn till Upphandlingsutredningens delbetänkande och den inriktning för de framtida förslagen som där beskrivits. Upphandlingsstödutredningen kom fram till att det statliga upphandlingsstödet bör arbeta med information och vägledning kring både upphandlingsjuridiska frågor och andra aspekter som ekonomi, miljöhänsyn, sociala hänsyn och innovationer, liksom strategiska frågor som organisation och resurser för offentlig upphandling. Verksamheten ska enligt utredningen vända sig till både upphandlande myndigheter och leverantörer. Stödutredningen ansåg att det är helt avgörande att verksamheten blir synlig och trovärdig. Därför föreslogs att en Upphandlingsstödmyndighet bildas. Myndigheten bör enligt förslaget ha minst 25 medarbetare och beräknades kosta 40 miljoner kronor per år varav utredningen visade på finansiering av huvuddelen.¹³

Upphandlingsstödutredningens förslag bereds för närvarande i regeringskansliet.

Upphandlingsutredningen om behovet av ny upphandlingsstödmyndighet

Upphandlingsutredningen stödjer Upphandlingsstödutredningens förslag att inrätta en Upphandlingsstödmyndighet. Enligt det strategiska synsättet på offentlig upphandling som utredningen företräder finns goda skäl att både bredda och samla den statliga upphandlingsstödjande verksamheten i en och samma myndighet. Synlighet och trovärdighet bör vara kännetecknande för att verksamheten som ska nå ut till de aktuella målgrupperna och bidra till en förbättrad upphandling. Samtidigt bör understrykas att nuvarande verksamhet av upphandlingsstödjande karaktär – inom Kammarkollegiet och MSR – enligt Upphandlingsutredningens uppfattning arbetar professionellt inom ramarna för deras tilldelade uppgifter, resurser och organisationer.

Utredningen anser i princip att även MSR:s kriterieverksamhet bör ingå i den nya samordnade myndigheten. Motivet är att miljöfrågan tjänar bäst på att integreras i alla olika delar av upphandlingsprocessen och därmed naturligt blir en del i det samordnade upphandlingsstödet olika aktiviteter. Alla frågor, inkl. miljöhänsyn, ska till syvende och sist sammanvägas och resultera i en enskild upphandling. Det kräver således att miljökriterierna

¹³ Upphandlingsstödet framtid, SOU 2012:32.

förhåller sig till och balanseras mot andra aspekter av den offentliga upphandlingen.¹⁴

Det ligger för visso inte i Upphandlingsutredningens uppdrag att utreda frågan om en ny upphandlingsstödmyndighet. En stark, samordnande, synlig och kompetent myndighet behövs dock för att genomföra de upphandlingsstödjande åtgärder som utredningen föreslår. En sådan myndighet är således en mycket viktig komponent i en nationell satsning på den goda affären.

1.4.2 Genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven och koncessionsdirektivet m.m.

En särskild utredare¹⁵ har under hösten 2012 fått i uppdrag att bl.a. lämna förslag på hur vissa bestämmelser i det reviderade klassiska direktivet och försörjningsdirektivet samt det nya direktivet om tilldelning av koncessioner kan genomföras i nationell rätt. Utredaren, hädanefter Genomförandeutredningen, ska också analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte eller endast delvis omfattas av direktiven. Vad som avses är främst sådana upphandlingar som understiger direktivens tröskelvärden och som enligt nuvarande regler omfattas av 15 kap. LOU och LUF. Utredaren ska i sitt arbete samråda med Upphandlingsutredningen, beakta utredningens förslag och låta dem bilda en utgångspunkt för sina överväganden i den utsträckning det är relevant för utredningsuppdraget.

Genomförandeutredningen ska i fråga om upphandlingsdirektiven analysera och lämna författningsförslag på direktivens artiklar bl.a. om

- reserverade kontrakt,
- regler för kommunikation, inklusive elektronisk sådan,
- intressekonflikter och otillåtet förfarande,
- innovationspartnerskap,
- elektroniska kataloger,
- gemensam upphandling,

¹⁴ Se vidare i 6 och 7 kap.

¹⁵ Utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09).

- uppdelning av kontrakt i delar,
- val av deltagare, inklusive uteslutningsgrunder, samt tilldelning av kontrakt,
- onormalt låga anbud,
- ändringar och avslutande av kontrakt,
- sociala tjänster och andra specifika tjänster, samt
- styrning/tillsyn.

För de delar av direktiven som inte lämnas till utredaren avser Regeringskansliet att i en departementspromemoria ta fram ett förslag till genomförande.

1.4.3 Utredningen om den kommunala kompetensen

Regeringen har under hösten 2012 även tillsatt en särskild utredare som ska föreslå en modernisering av kommunallagen (1991:900).¹⁶ Av särskilt intresse ur Upphandlingsutredningens synpunkt är att denna utredning, hädanefter benämnd Kommunallagsutredningen, ska

- beskriva hur kommunernas och landstingens huvudmannaskap för verksamhet som bedrivs i privat regi är reglerat, särskilt i fråga om kommunernas och landstingens ansvar för kontroll och uppföljning respektive statens ansvar för tillsyn,
- undersöka förutsättningarna för och överväga behovet av en enhetlig reglering av det kommunala ansvaret för kontroll, uppföljning och tillsyn avseende privat utförd verksamhet,
- utreda förutsättningarna för att tydliggöra det kommunala ansvaret för ökad insyn i kommunala entreprenader och, om det bedöms lämpligt, lämna förslag till en generell reglering som ålägger kommunerna en skyldighet att tillförsäkra allmänheten sådan insyn,
- överväga behovet av en generell reglering som syftar till att ge medborgarna tillgång till information som behövs för att kunna välja utförare av kommunalt finansierad verksamhet, samt

¹⁶ Dir. 2012:105.

- särskilt överväga hur den unionsrättsliga regleringen av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse förhåller sig till regleringen av kommunal verksamhet. Det anges att den möjlighet att göra vissa undantag från exempelvis statsstöds- och upphandlingsreglerna som unionsrätten anvisar, mycket sällan har använts vid konkurrensutsättning av välfärdstjänster i Sverige.

Utredningen ska föra en dialog med bl.a. Upphandlingsutredningen om gemensamma beröringspunkter. Sådan dialog har också genomförts.

1.4.4 Ytterligare statliga utredningar av intresse

En särskild utredare påbörjade under hösten 2012 sitt uppdrag att utvärdera lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) och överväga förbättringsåtgärder.¹⁷ Utredaren ska och har genomfört samråd med Upphandlingsutredningen. De frågeställningar som är relevanta för Upphandlingsutredningens vidkommande beskrivs närmare i avsnitt 4.5.

En annan utredning av intresse är den s.k. Ägarprövningsutredningen som ska utreda vilka möjliga krav, utöver redan befintliga, som kan och bör ställas på de som äger och driver företag inom välfärdssektorn.¹⁸ Utredningen ska även analysera i vilken utsträckning det från kapitalförsörjningssynpunkt finns inträdes- eller tillväxthinder för små och medelstora företag inom välfärdssektorn samt ge förslag på åtgärder för att reducera sådana eventuella hinder. Denna utredning ska också föra dialog med Upphandlingsutredningen.

Av intresse är också den särskilda utredare som fått i uppdrag att se över frågan om stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierade verksamheter.¹⁹ Framför allt avses verksamheter inom vård, skola och omsorg. Utgångspunkten är att meddelarskyddet för privatanställda så långt som möjligt ska vara detsamma som för offentligt anställda.

¹⁷ Dir. 2012:91.

¹⁸ Ägarprövning och mångfald vid offentligt finansierade välfärdstjänster, dir. 2012:131.

¹⁹ Meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet, dir. 2012:76.

1.5 Arbetet med slutbetänkandet

Utredningens arbete har bedrivits med hjälp av en expertgrupp och två referensgrupper, en för den klassiska sektorn och en för försörjningssektorerna.

Utredningen har haft dialogmöten med en rad myndigheter och organisationer med syftet att ytterligare klargöra de frågor som utredningen arbetat med efter delbetänkandet. Ytterligare möten har ägt rum på initiativ av ett stort antal olika intressenter som önskat delge utredningen synpunkter och information om den offentliga upphandlingen.

En särskild referensgrupp har sedan hösten 2012 bidragit till utredningens arbete med statistikuppdraget. I gruppen har deltagit företrädare från bl.a. Ekonomistyrningsverket (ESV), Kammarkollegiet, Konkurrensverket, Luftfartsverket, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus och Sveriges Offentliga Leverantörer.

I arbetet med socialt ansvarsfull offentlig upphandling har utredningen genomfört en mängd enskilda möten med bl.a. Samhall, projektet Socialt Ansvarstagande i Offentlig Upphandling inom Sveriges landsting och regioner, SKL Kommentus, föreningen Delaktighet Handlingsfrihet Rörelsefrihet och Forum för socialt arbete samt en mängd enskilda aktörer inom den sociala ekonomin.

Utredningen har vidare samrått med Näringslivets regelnämnd.

Utredningen genomförde en särskild hearing om statistik i workshopform i januari 2012. I juni 2012 genomfördes en hearing om strategisk upphandling.

Efter att delbetänkandet lämnades i november 2011 har utredningen vid flera tillfällen medverkat vid seminarier organiserade av bl.a. Kungliga Skogs- och Lantbruksakademin, föreningen Mat & klimat, Upphandlingsdagarna i Stockholm, Västsvenska Handelskammaren, IQ Samhällsbyggnad, föreningen Kost och Näring, Kommunrevisorerna, VINNOVA och Upphandlingsforum. Vidare har utredningen medverkat vid Socialdepartementets seminarium i Almedalen, MSR:s konferens Hållbar upphandling 2012 och Sveriges Offentliga Inköparens årskonferens.

Utredaren och sekretariatet har också genomfört studieresor till Norge, Finland och Danmark och då sammanträffat med tjänstemän från departement, ansvariga myndigheter samt prövningsorgan för offentlig upphandling.

Upphandlingsutredningen har också lagt ut ett antal konsultuppdrag som resulterat i tjugotalet rapporter som finns tillgängliga på den CD som bifogas betänkandet.

Utredningen har mottagit en stor mängd särskilda skrivelser. Slutligen bör nämnas att många synpunkter har lämnats via utredningens hemsida (upphandlingsutredningen.se). Där har det även varit möjligt att besvara enkäter om den offentliga upphandlingen och ta del av rapporter och undersökningar.

1.6 Viktiga begrepp

Upphandlingsutredningen konstaterar att det saknas en enhetlig användning av begreppen upphandling och inköp.

Begreppet **den offentliga upphandlingen** används som en sammanfattande och övergripande term. **Upphandlingsprocessen** används i detta betänkande som en teknisk term som inkluderar allt från förberedelser i form av behovs- och marknadsanalys till uppföljning och utvärdering under avtalsperioden. I det sammanhanget utgör själva upphandlingen det *reglerade förfarandet*, dvs. från annonsering till tilldelning av kontrakt.

Begreppen **inköpare** och **upphandlare** används synonymt.

Med **avrop** avses begäran om leverans av en vara eller tjänst från ett upphandlat ramavtal eller kontrakt. Begreppen avrop och beställning ges samma innebörd.

Begreppet **samordnat upphandlingsstöd** används för det framtida upphandlingsstödet oavsett om det blir en ny myndighet eller om verksamheten samordnas i en befintlig myndighet.

Livscykelanalys eller *Life Cycle Assessment (LCA)* är en metod för att åstadkomma en helhetsbild av hur stor den totala miljöpåverkan är under en produkts livscykel från råvaruutvinning, via tillverkningsprocesser och användning till avfallshanteringen, inklusive alla transporter och all energiåtgång i mellanleden. Syftet med en LCA är att kunna jämföra olika alternativ och komma fram till vilken lösning som är mest resurseffektiv och/eller innebär lägst miljöpåverkan.

Livscykelkostnaden är kostnaden för en viss utrustning under hela dess livslängd, från att den installeras till att den slutligt tas ur bruk eller att man gör sig av med den. Begreppet kan också innefatta externa kostnader under en produkts livscykel.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG Samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster benämns **det klassiska direktivet**. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG Samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster benämns **försörjningsdirektivet**. Det klassiska direktivet har genomförts i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och försörjningsdirektivet i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Upphandling inom ramen för LOU kallas också för upphandling i den **klassiska sektorn** och upphandling enligt LUF kallas för upphandling i **försörjningssektorerna**. De båda direktiven går under benämningen **upphandlingsdirektiven**. Förslagen till reviderade upphandlingsdirektiv benämns det klassiska direktivförslaget respektive förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

En grundläggande förutsättning för att LOU eller LUF ska vara tillämpliga är att det är fråga om **offentlig upphandling**. Med detta begrepp avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.²⁰

I upphandlingsregelverket görs en distinktion mellan begreppen **varor, tjänster** och **byggtreprenader**. I detta betänkande ingår hädanefter i begreppet tjänster även byggtreprenader om inte annat särskilt anges.

Med **upphandlande myndighet** avses statliga och kommunala myndigheter men begreppet omfattar också vissa andra offentligt styrda organ.²¹ Med myndighet jämställs nämligen beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller av ett eller flera offentligt styrda organ.²² Med offentligt styrda organ avses bl.a. bolag och föreningar som tillgodoser behov i det allmännas intresse – annat än av industriell eller kommersiell karaktär – och som har en viss koppling till staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet till följd av finansiering, verksamhetskontroll eller utseende av ledamöter i styrelse eller motsvarande ledningsorgan.²³

²⁰ 2 kap. 13 § LOU och 2 kap. 23 § LUF.

²¹ 2 kap. 19 § första stycket LOU.

²² 2 kap. 19 § andra stycket LOU.

²³ 2 kap. 12 § LOU.

Begreppet **upphandlande enhet** utgår från att enheten bedriver i LUF särskilt angivna verksamheter inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Begreppet inbegriper upphandlande myndigheter, som definieras på samma sätt som i LOU, men också sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över eller som bedriver viss verksamhet med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt.²⁴ Definitionen innebär att privata företag kan vara upphandlande enheter.

Med **leverantör** avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Begreppet innefattar också grupper av leverantörer.²⁵

Slutligen bör LOV omnämnas.²⁶ LOV ingår endast i Upphandlingsutredningens statistikuppdrag. Med **valfrihetssystem** avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och ingått kontrakt med. LOV gäller när kommuner och landsting inför valfrihetssystem för hälsovård- och socialtjänster. LOV gäller även vid Arbetsförmedlingens anskaffning av vissa särskilt angivna tjänster.

Med **samhällsekonomisk effektivitet** avses i allmänhet att samhällets begränsade resurser ska användas på bästa möjliga sätt. Vid offentlig upphandling innebär samhällsekonomisk effektivitet att den leverantör ska väljas som till lägsta möjliga kostnad uppfyller ställda krav, dvs. möter brukarens behov/önskemål. Om alla alternativ kostar lika mycket ska det alternativ väljas som ger högsta möjliga nytta i förhållande till brukarens behov/önskemål. Om alla alternativ ger samma nytta ska det alternativ som kostar minst väljas.

Transaktionskostnader är sådana kostnader som uppkommer vid ett ekonomiskt utbyte. Exempelvis behöver en köpare som letar efter en viss tjänst eller vara lägga ner en viss tid och ett visst arbete samt eventuella andra kostnader för att få till stånd en affär. Det samma gäller säljaren som har kostnader för att hitta köpare till de varor och tjänster som han eller hon tillhandahåller. Begreppet inbegriper även kostnader för att upprätthålla och följa upp ingångna avtal m.m.

²⁴ 2 kap. 20 § LUF.

²⁵ 2 kap. 11 § LOU.

²⁶ Utöver LOV finns ytterligare två lagar som reglerar valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen. De benämns lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare och lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

2 Målet för den offentliga upphandlingen och utredningens arbete

2.1 Inledning – offentlig upphandling i Sverige

Den offentliga upphandlingen är både omfattande och mångfasetterad och omsätter årligen stora värden, uppskattningsvis någonstans mellan 550 och 600 miljarder kronor. Upphandlingen involverar ett stort antal leverantörer, upphandlade myndigheter och enheter. Dessa grupper är på intet sätt homogena. Såväl ideella organisationer utan vinstsyfte som riskkapitalbolag av olika storlek finns bland leverantörerna. Vidare består gruppen upphandlande myndigheter och enheter av organisationer som har alltifrån ett fåtal till tiotusentals anställda. Dessa organisationer styrs på olika sätt, de bedriver verksamhet av skiftande karaktär och omfattning. Den politik som förs på upphandlingsområdet, inklusive regelverket, omfattar således många olika och vitt skilda verksamheter, varor och tjänster.

Den offentliga upphandlingen ramar in av ett relativt omfattande regelverk som till stora delar har sin grund i EU-lagstiftning, inklusive grundläggande och fördragsfästa principer. Därtill är det europeiska upphandlingsregelverket utformat efter internationella överenskommelser inom ramen för världshandelsorganisationen (WTO).¹ Det internationella regelverket har som primärt syfte att slå vakt om konkurrensen och undvika att enskilda länder inför regler som ensidigt gynnar nationella intressen.

Regelverket för offentlig upphandling har sålunda som primär utgångspunkt att slå vakt om konkurrensen och se till att de upphandlande myndigheterna lever upp till principerna om lika-behandling och ickediskriminering. Reglerna ger också möjlighet

¹ The Agreement on Government Procurement (GPA).

att använda den offentliga köparmakten till att, via krav i samband med upphandlingen, påverka utvecklingen i riktning mot en större andel miljöanpassade produkter och ökade sociala hänsyn. En viktig utgångspunkt är också – inte minst för att öka konkurrensen – att öka deltagandet av små och medelstora företag.

Utredningen lyfter särskilt fram behovet av ett radikalt omtänkande vad gäller användningen av energi och naturresurser. En värld med på sikt nio miljarder människor kommer att kräva en långtgående effektivisering i energi- och materialanvändningen. Behovet av transformativa lösningar – i form av tekniksprång eller nya sätt att organisera verksamheten – är stort. Den offentliga upphandlingen bör här kunna spela en viktig roll som pådrivare och exempel.

Upphandlingsutredningens arbete och förslag har sammanfattningsvis att förhålla sig till en komplex verklighet som inbegriper många intressanta men också svåra utmaningar.

2.2 Delbetänkandet

Den goda affären i fokus

I delbetänkandet för Upphandlingsutredningen fram att målet för utredningens översyn av upphandlingsregelverket är att sätta den goda affären i fokus. Att fokusera på den **goda affären** innebär enligt utredningen att tillgodose de olika verksamheternas behov, med hänsyn tagen till kvalitativa aspekter, till lägsta möjliga totalkostnad. Medborgarperspektivet – att ge god service till medborgarna – är en central utgångspunkt i utredningens arbete.

Utredningen lyfter upp miljöhänsyn och sociala hänsyn som viktiga komponenter i den goda affären. Detsamma gäller målsättningarna att öka små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar samt önskemålet om en ökad användning av nya och innovativa lösningar i den offentliga sektorn. Av delbetänkandet framgår att policydokument och lagstiftning på europeisk och nationell nivå ger tydligt uttryck för att offentlig upphandling kan, och också bör, kunna användas för sådana syften.

En ytterligare utgångspunkt för Upphandlingsutredningens arbete är att lyfta de mindre kommunernas och statliga myndigheternas särskilda problematik i upphandlingssammanhang.

Upphandlingsutredningen ansåg vidare att upphandlingen inom försörjningssektorerna fungerar tillfredsställande. Såvitt utredningen

kunde bedöma är behovet av särskilda reformåtgärder specifikt för LUF inte påkallat.

Beaktat det anförda och att EU:s upphandlingsdirektiv har sin rättsliga grund i den fria rörligheten för varor och tjänster, underströk Upphandlingsutredningen i delbetänkandet att den översyn som pågår bör syfta till att understödja den goda affären. Förslag till regeländringar eller andra åtgärder, ska därför så långt som möjligt, balansera olika hänsyn i syfte att uppnå den goda affären.

Remissinstansernas synpunkter

Flertalet remissinstanser uttrycker sig positivt om utredningens fokus på den goda affären. Några remissinstanser anser att dagens regelverk redan möjliggör goda affärer medan andra anser att regelverket behöver reformeras för att uppnå detta syfte. Några bl.a. Arbetsgivarverket, Ekonomistyrningsverket, Skatteverket, Katrineholms kommun och Svenska akademikers centralorganisation (SACO) framhåller det ekonomiska perspektivet och påtalar risken för att hänsyn till andra mål leder till komplexa upphandlingar. Svenskt Näringsliv anser att regelverket fungerar väl men pekar på att de upphandlande myndigheterna måste lyfta den offentliga upphandlingen ur ett strategiskt perspektiv.

Tjänstemännens centralorganisation (TCO), Diskrimineringsombudsmannen, Partnerskap för utveckling av sociala företag (PUST), Svenska Naturskyddsföreningen m.fl. lyfter upp både det långsiktiga miljöperspektivet och det sociala perspektivet i den goda affären. TCO och PUST påtalar vikten av att utredningen i sitt arbete tar ett medborgarperspektiv.

Flera remissinstanser ger uttryck för behovet av kompetenshöjande åtgärder såsom utbildning, bättre vägledning, mallar, goda exempel etc. Det är inte minst viktigt för att underlätta för mindre upphandlande myndigheter och företag samt för att främja miljöhänsyn och sociala hänsyn i den offentliga upphandlingen. I remissomgången framhålls också behovet av att prioritera bland de många och olika målsättningarna som aktualiseras i upphandlingssammanhang, allt i syfte att inte komplicera genomförandet av den goda affären.

Ingen instans har heller invänt mot slutsatserna att försörjningssektorerna saknar behov av särskilda reformer.

Sammanfattningsvis konstaterar utredningen att remissinstanserna ger sitt stöd för att sätta den goda affären i fokus för den pågående översynen.

2.3 Den goda affären – målet med den svenska offentliga upphandlingen

Det säger sig nästan självt att om målet ”den goda affären” ska kunna nås krävs åtgärder av ett flertal aktörer på olika nivåer och i olika delar av samhället. Regeringen bör ha den goda affären i fokus när den överväger lagstiftningsreformer, styr de statliga myndigheterna och vidtar allmänt upphandlingsstödjande åtgärder, inklusive förbättringar av statistikförsörjningen. Upphandlande myndigheter och enheter måste också definiera i vilken utsträckning de lever upp till målsättningen, vilket självfallet kommer att ta sig olika uttryck beroende på organisationens storlek och art. Sist men inte minst måste leverantörerna till den offentliga sektorn vinnlägga sig om, eller motiveras, att bli goda leverantörer till det offentliga.

Begreppet den goda affären har tjänat väl som en utgångspunkt för Upphandlingsutredningens hittillsvarande arbete. Det behöver dock utvecklas ytterligare. Det blir inte minst tydligt i samband med utredningens förslag till nationell handlingsplan för den offentliga upphandlingen (11 kap).

Den goda affären innebär enligt utredningen närmare bestämt att de upphandlande myndigheterna och enheterna, inom ramen för regelverket;

- tillgodoser verksamheternas behov genom att ställa och följa upp krav på kvalitet där servicen till medborgarna står i fokus,
- tillgodoser behoven till lägsta möjliga totalkostnad vilket innebär att, så långt möjligt, hänsyn tas till livscykelkostnaden,
- tar ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling när upphandlingens art motiverar detta,
- beaktar möjligheterna att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamheternas behov, samt

- tillvaratar och vårdar konkurrensen på de aktuella upphandlingsmarknaderna vilket bland annat inbegriper att överväga åtgärder för att underlätta de mindre företagens deltagande.

Vad som är rätt eller önskvärd kvalitet avgörs ytterst av dem som varan eller tjänsten är till för. I en upphandlande myndighets eller enhets kvalitetsuppfattning ingår normalt miljöaspekter och sociala aspekter.

Vissa varor och tjänster är primärt till för de upphandlande myndigheternas eller enheternas interna behov. I de sammanhangen är det förvaltningens behov som står i fokus. Vid upphandling av varor och tjänster som ska användas i den externa verksamheten är medborgarperspektivet centralt. Denna utgångspunkt samspelar väl med den gemensamma värdegrunden för statsanställda. Den understryker vikten av att statligt anställda har god insikt om att medborgarna är deras uppdragsgivare och att verksamheten finansieras med skattemedel.²

Offentliga verksamheter bör enligt utredningen gå före i arbetet med att ta tillvara sociala och miljömässiga hänsyn. Den offentliga sektorn svarar för en betydande efterfrågan på marknaden. Genom att ställa offensiva och samtidigt konstruktiva krav kan det offentliga medverka till att mer hållbara varor och tjänster utvecklas. Ett näringsliv som är vant att möta höga krav nationellt står då också väl rustat i mötet med internationell konkurrens på såväl inhemska som utländska marknader.

Miljöhänsyn i offentliga upphandlingar utgör en viktig del i det svenska miljö- och klimatarbetet.³ Det anges i mer än ett sammanhang att miljökrav i offentlig upphandling ska bidra till att de nationella miljö kvalitetsmålen uppnås.⁴

Att föregå med gott exempel och ta ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling har sitt stöd i upphandlingslagarnas s.k. ”bör-regler”.⁵ Motivet är den ökade betoningen av miljöhänsyn och sociala aspekter i unionsrätten samt regeringens och riksdagens inställning i dessa frågor. De bestämmelser och riktlinjer som finns syftar till att skapa incitament för upphandlande myndigheter och

² Den gemensamma värdegrunden för de statsanställda, Krus, 2012.

³ Prop. 2004/05:150, *Svenska miljömål – ett gemensamt uppdrag*, s. 239 f. och prop. 2005/06:172, *Nationell klimatpolitik i global påverkan*, s. 91 och prop. 2009/10:155, *Svenska miljömål – för ett effektivare miljöarbete*, s. 63, 67, 123 och 227.

⁴ Prop. 2008/09:162, *En sammanhållen klimat- och energipolitik – Klimat*, s. 60.

⁵ 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF.

enheter att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar.

Innovationsupphandlingsutredningen lanserade begreppet innovationsvänlig upphandling och angav att i princip all upphandling kan vara av sådan art. Med innovationsvänlig upphandling menas att upphandlande myndigheter och enheter genomför traditionella upphandlingar på ett sådant sätt att nya innovativa lösningar inte utestängs eller missgynnas.⁶ Kombinationen innovationer och miljö, genom t.ex. upphandling genom transformativa lösningar kan enligt utredningen bidra till ett mera hållbart samhälle och utvecklandet av nya marknader.

Vidare spelar en långsiktig syn på de mindre företagens närvaro på marknader, som byggs upp kring offentlig upphandling, en betydande roll för mångfalden av utförare vilket sannolikt bidrar till att öka konkurrensen. En väl fungerande konkurrens leder, under rätt villkor, till att den ”goda affären” kan förverkligas till lägsta möjliga totalkostnad. En väl fungerande konkurrens innebär således att tillräckligt många företag deltar och lämnar anbud för att de offentliga verksamheterna och medborgarna över tid ska få tillgång varor och tjänster av allt bättre kvalitet, inklusive miljömässigt och socialt ansvarstagande, till samma eller lägre totalkostnader. Enligt EU-kommissionens utvärdering bidrar direktiven verksamt till målsättningen om att skattemedlen utnyttjas effektivt. Det är enligt samma rapport en följd av att EU:s regelverk främjar en fungerande gränsöverskridande handel och konkurrens.⁷

Stöd för en effektiv hushållning med skattemedlen uttrycks även i riksdagens och regeringens budgetproposition och kommunallagen. I budgetpropositionen anges att de skattemedel som används i offentlig upphandling ska användas på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet.⁸ I kommunallagen regleras att kommuner och landsting ska ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet och i sådan verksamhet som bedrivs genom andra juridiska personer.⁹

I de följande avsnitten utvecklas de synsätt och åtgärder som utredningen anser vara viktiga för att den goda affären ska kunna

⁶ SOU 2010:56, *Innovationsupphandling*. Upphandlingsutredningen har ett begränsat mandat när det gäller innovationsfrämjande upphandling och innovationsupphandling. Utredaren ska enligt sina direktiv (Fi 2010:86) endast beakta Innovationsutredningens förslag.

⁷ Resonemanget utvecklades i avsnitt 2.2. i Upphandlingsutredningens delbetänkande.

⁸ Prop. 2012/13:1, *Budgetpropositionen 2013*, UO2.

⁹ 8 kap. 1 § kommunallagen (1991:900).

realiseras. Den allra mest angelägna åtgärden handlar om att öka insikten – på både nationell nivå och myndighetsnivå – om vikten av att se på offentlig upphandling ur ett strategiskt perspektiv.

3 Strategisk upphandling för ökad kvalitet och effektivitet

3.1 Inledning

Den frågeställning som på en övergripande nivå kommit att dominera utredningsarbetet är frågan hur den goda affären ska kunna förverkligas, dvs. hur ska ökad kvalitet och effektivitet i den offentliga upphandlingen kunna realiseras? Denna fråga har inget enkelt svar. Grundat på snart två års analyser och en omfattande dialog med ett stort antal aktörer gör utredningen bedömningen att den enskilt viktigaste faktorn är att utveckla ett väsentligt mer strategiskt perspektiv på offentlig upphandling. Detta konstaterande omfattar både den nationella nivån, i första hand regering och riksdag, och myndighetsnivån. Argumenten för ett mer strategiskt grepp på verksamheten är flera. För det första finns en betydande potential till både effektivisering och ökad samhällspåverkan genom att regering och riksdag – men också enskilda upphandlande myndigheter och enheter – intar ett mer strategiskt förhållningssätt till offentlig upphandling. För det andra finns det mycket som tyder på att ett flertal av de allvarliga problem inom offentlig upphandling, som utredningen pekade på i delbetänkandet, är direkt kopplade till frånvaron av ett tillräckligt strategiskt perspektiv inom verksamheten.

Upphandlade varor och tjänster utgör en viktig del i kärnan i en fungerande välfärd

Det senaste två decennierna har karaktäriserats av en utveckling där den offentliga sektorn kontinuerligt sökt nya och mer effektiva vägar för att tillhandahålla välfärd och andra tjänster till medborgarna. Ett utmärkande drag för denna utvecklingsprocess är

försöken att introducera marknadskonforma lösningar där tjänsteproduktionen riktat mot medborgarna äger rum i konkurrens mellan olika utförare. Tanken har varit att introducera drivkrafter som förmår åstadkomma ett mer varierande tjänsteutbud, högre kvalitet och högre kostnadseffektivitet utan att göra avkall på de grundläggande politiska utgångspunkterna om gemensam finansiering och likvärdiga konsumtionsmöjligheter efter behov. Offentlig upphandling har därvid varit ett viktigt instrument. Över tid har också konkurrensutsättningen av offentlig sektor mer och mer närmat sig välfärdens s.k. kärna, dvs. vård, skola och omsorg. Det betyder att upphandlade varor och tjänster numera utgör en viktig del av kärnan i en fungerande välfärd, vilket understryker vikten av att den högsta ledningen i respektive myndighet ser på upphandlingsfrågor ur ett strategiskt perspektiv.

En mer väl fungerande offentlig upphandling är sannolikt ett av de främsta medlen för att effektivisera offentlig sektor

Utredningen gör bedömningen att varken statsmakterna eller de enskilda myndigheterna i tillräcklig utsträckning insett den potential för effektivisering av den offentliga sektorn som ligger i en mer väl fungerande offentlig upphandling. Den offentliga upphandlingen uppgår till mycket stora belopp varje år, cirka 550–600 miljarder kronor är siffror som ofta nämns. Antag att sektorn i sin helhet, genom bättre upphandlingar, skulle kunna pressa ner priserna med i genomsnitt 10 procent utan att kvaliteten skulle försämrans. Då skulle resurser motsvarande cirka 50 miljarder kronor frigöras, som skulle kunna användas till gemensamma satsningar alternativt till att sänka skatterna. Få andra instrument, om ens något, som det offentliga förfogar över innehåller samma potential till effektiviseringar. Detta perspektiv har, enligt utredningens uppfattning, närmast kommit att helt tappas bort i den allmänna debatten, som i allt för stor utsträckning kommit att handla om diverse juridiska spörsmål. Utredningen är inte ensam i sin bedömning. Konkurrensverket var till exempel inne på samma linje när de i rapporten *Konkurrensen i Sverige 2007* konstaterade att kombinationen av att upphandlade myndigheter lägger ner mycket kraft på att agera korrekt efter lagstiftningen och ett bristande strategiskt fokus på inköpsfrågor innebär en risk att det affärsmässiga perspektivet kommer i skym-

undan, med uteblivna effektiviseringsvinster som följd.¹ Ett bärande motiv för den betydande konkurrensutsättning av offentlig verksamhet, som tog sin början på 1990-talet – och till stor del i form av offentlig upphandling – var just en strävan att åstadkomma en mer effektiv verksamhet. Detta blev ofta resultatet, men vinsterna skulle, enligt utredningens bedömning, kunna vara betydligt större om upphandlingsfrågorna sågs i ett mer strategiskt perspektiv än vad som normalt är fallet.²

Bristande kvalitet på de varor och tjänster som upphandlas har troligen sin grund i felaktiga incitament och otillräcklig uppföljning

De senaste åren har kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling hamnat allt mera i fokus. Bakgrunden är bland annat uppdagade missförhållanden på vissa äldreboenden som drivs på entreprenad. Somliga menar att kvalitetsbristerna är en konsekvens av en effektiviseringsiver och lönsamhetsjakt som gått för långt. Andra menar att problemen i stället har att göra med en otillräcklig uppföljning från de kommunala huvudmännens sida. Utredningens uppfattning är att frågan inte har något enkelt svar – det ligger sannolikt något i båda förklaringarna. Så visade till exempel, de i akademiska kretsar välrenommerade, nationalekonomerna Hart, Shleifer och Vishny, redan i slutet av 1990-talet att det under vissa förutsättningar finns risk att en upphandlad utförare, som strävar efter att maximera vinsten, lockas att reducera kostnaderna så att det går ut över kvaliteten på den levererade tjänsten.³ Det finns alltså ett visst teoretiskt stöd för att vinstintresset i vissa situationer kan tränga undan god kvalitet, framför allt när kvalitetsnivån är svår att definiera och följa upp.

När det gäller bristen på uppföljning är det ställt utom allt tvivel att uppföljning av ställda krav är ett gravt eftersatt område i många upphandlingar. Upprepade exempel på kvalitetsbrister inom välfärden understryker enligt utredningens uppfattning behovet av att

¹ Konkurrensverket, *Konkurrensen i Sverige 2007*.

² Se t.ex. Arnek *Empirical Essays on Procurement and Regulation*, Economic Studies, Uppsala Universitet, 2002, s. 60 som visar att Vägverket kostnader för drift och underhåll av det statliga vägnätet minskade med 25 procent till följd av övergången från egen-regi till upphandling i konkurrens.

³ O. Hart, Shleifer, A. och E.W. Vishny, (1997), *The Proper Scope of Government. Theory and An Application to Prisons*, Quarterly Journal Of Economics, November 1997. Utredningen återkommer längre fram till vilka dessa förutsättningar är.

i större utsträckning än i dag noggrant fundera igenom hur god kvalitet i offentlig upphandling kan säkerställas. Detta inbegriper såväl frågor om hur väl avvägda incitament, genom olika former för ersättning, optioner för förlängning av avtal m.m. kan skapas, som frågor om hur en verkställig uppföljning kan organiseras. Man måste helt enkelt ha en utvecklad strategi för att kunna hantera dessa frågor. Enligt utredningens bedömning är debatten om huruvida en verksamhet drivs med vinst eller ej alltför förenklad. Det är långt mer väsentligt hur upphandlande myndigheter avtalar och följer upp, dvs. oavsett utförare.

Stuprörstänkande, brist på helhets- och livscykelperspektiv

Utredningen har uppmärksammat en allvarlig brist på helhetsperspektiv inom offentlig sektor på anskaffningen av varor och tjänster, något som bland annat yttrar sig i form av s.k. stuprörstänkande. En konsekvens av detta kan leda till att produkter med lågt inköpspris väljs, trots att kostnaden blir högre för driften på längre sikt och att produkten kan vara sämre ur ett miljö- eller resursperspektiv eller utifrån sociala hänsyn. Ett annat exempel är när den upphandlande myndigheten delar upp utförandet av en tjänst i flera olika delar, t.ex. investering för sig och drift och underhåll för sig. Genom att i större utsträckning upphandla paketlösningar kan drivkrafter för effektivisering och nytänkande stimuleras. Ett tredje exempel är myndigheter som i avsaknad av en upphandlingsstrategi sköter sin anskaffning av varor och tjänster på ad hoc basis, dvs. när behovet uppstår. En konsekvens av detta kan bli ett fragmentiserat inköpsmönster som blir mer kostsamt än vad som skulle vara fallet med bättre framförhållning etc. Den offentliga sektorn skulle med största sannolikhet kunna åstadkomma sammantaget långt bättre inköp till en lägre total kostnad genom att se anskaffningen ur ett bredare, mer genomtänkt och långsiktigt perspektiv.

Större effekt till lägre kostnader skulle sannolikt kunna åstadkommas genom mer harmoniserade krav

Det finns i dag en uttalad vilja både i Sverige och internationellt att använda offentlig upphandling som ett medel för att påverka samhället i en miljömässigt mer hållbar riktning och att främja socialt ansvarstagande. I Sverige görs detta i regel genom att upphandlande myndigheter och enheter ställer olika typer av krav att miljövänliga produkter ska användas eller att vissa sociala hänsyn ska tas. En konsekvens av detta är att leverantörer inom de flesta produktområden upplever sig möta en mängd olika krav från myndigheterna som har samma inriktning men som skiljer sig åt i detaljerna. Att anpassa sig till de olika kraven kan vara kostsamt, exempelvis genom att möjliga skalfördelar inte kan utnyttjas fullt ut. Vidare skulle förmodligen effekten av de ställda kraven vara långt större om de upphandlande myndigheterna och enheterna åstadkom en större harmonisering av sina krav i de olika upphandlingarna. Här finns enligt utredningens uppfattning en potential att genom större harmonisering vad gäller kravställandet inom miljö respektive det sociala området uppnå större påverkan till lägre kostnader. Det gäller framför allt grundläggande krav, sådana som det är önskvärt att flertalet upphandlande myndigheter och enheter ställer sig bakom. En närliggande fråga rör när och var det är lämpligt att använda offentlig upphandling som ett styrmedel för politiska mål.

Tillämpningsproblem och otillräcklig kompetens såväl juridiskt som affärsmässigt

Den kritik som ofta riktas mot upphandlingsregelverket – att det är svårt, krångligt, tidsödande, etc. – har enligt utredningen ofta sin grund i att de upphandlande myndigheterna känner sig osäkra på hur de ska tillämpa regelverket, snarare än att det är fel på regelverket i sig. Det saknas ofta kunskap om regelverket, vilket får till konsekvens att de upphandlande myndigheterna tenderar att välja det säkra före det osäkra. Följden är att affärsmässigheten kommer i skymundan av rädslan för att göra fel och få upphandlingen överprövad. Därmed inte sagt att det befintliga regelverket i alla delar är optimalt utformat. Men med ökade kunskaper om hur upphandlingsreglerna ska användas, vad som är tillåtet respektive inte tillåtet, är det troligt att både mer förmånliga inköpsvillkor skulle

kunna åstadkommas och antalet överprövningar reduceras. Det är också av central betydelse att domstolarna som genom sina tolkningar av lagstiftningen bestämmer vad som är tillåtet respektive otillåtet ökar sina kunskaper om den offentliga upphandlingens affärsmässiga och samhällsekonomiska dimensioner.

Bristfällig statistik försvårar styrning, uppföljning och utvärdering

Ytterligare ett exempel på avsaknaden av ett strategiskt perspektiv utgörs av bristen på kunskap om den offentliga upphandlingens omfattning och effekter på det omgivande samhället och näringslivet. Det säger sig självt att i frånvaro av någorlunda säkra uppgifter om hur mycket och vad den offentliga sektorn köper in från externa varu- och tjänsteleverantörer, i vilken utsträckning och med vilket resultat krav kring miljöhänsyn och sociala hänsyn ställs, hur konkurrenssituationen ser ut på olika upphandlingsmarknader samt vilka upphandlingsformer som används m.m. är det svårt för regering och riksdag att sätta upp mål för och styra den offentliga upphandlingen i önskvärd riktning.

I viss mening verkar samma problem föreligga även på den enskilda upphandlande myndighetens nivå. Exempelvis konstaterade Ekonomistyrningsverket (ESV) i en rapport att flertalet statliga myndigheter saknar it-baserade systemstöd för att följa upp sin inköpsverksamhet, vilket innebär att vid uppföljning av verksamheten krävs i regel stora manuella insatser – dessutom under involvering av leverantörerna. Detta leder enligt ESV till att många myndigheter avstår från att följa upp verksamheten.⁴ Utredningens bild är att samma problematik ofta finns på den kommunala nivån. För många kommuner verkar det vara förenat med ett betydande arbete att plocka fram grundläggande statistik om hur många upphandlingar som görs och hur mycket som köps på olika upphandlade avtal respektive utanför dessa. Denna brist på överblick är enligt utredningens bedömning problematisk då inköpskostnaderna totalt sett riskerar att bli högre än nödvändigt.

Sammanfattningsvis ser utredningen ett stort behov av att lyfta fram betydelsen av att se på offentlig upphandling ur ett strategiskt perspektiv, både på ett övergripande nationellt plan och på myndig-

⁴ Ekonomistyrningsverket, *Införandet av Elektroniska inköp i staten*, delrapport, 2008.

hetsnivå. I det här kapitlet redovisas utredningens arbete kring detta.

Kapitlet inleds med en precisering av begreppet strategisk upphandling. Därefter redovisas i tur och ordning utredningens överväganden och förslag rörande strategisk upphandling ur ett styrnings- och ledningsperspektiv respektive ur ett mer operativt perspektiv. I anknytning till det sistnämnda perspektivet behandlas hur den offentliga inköpssamordningen kan bli effektivare och mer verkningfull; vidare redogörs för den stora potential till en effektivisering av den offentliga upphandlingen som ligger i övergången till elektroniska upphandlings- och beställningssystem. Kapitlet avslutas med överväganden och förslag kring hur kompetensen inom upphandlingsområdet kan stärkas.

3.2 Allmänt om strategisk upphandling

Att definiera exakt vad som ska avses med att ha ett strategiskt perspektiv på upphandling är inte enkelt. Uppfattningarna är många och varierande. I det följande utvecklas utredningens syn på frågan.

Vad innebär det att vara strategisk?

Allt strategiskt arbete, även strategiskt inköps- eller upphandlingsarbete, måste rimligen utgå ifrån att ha tillgång till en strategi. Vad är då en strategi? I likhet med t.ex. kvalitetsbegreppet kan en strategi definieras på olika sätt. Utredningen utgår från en praktiskt tillämpbar och allmängiltig strategidefinition som används i den moderna managementlitteraturen.⁵ Där anges att en sammanhängande strategi består av följande fyra delkomponenter:

1. Mål – vad är det man vill uppnå?

Den första och kanske viktigaste komponenten i en strategi är att klargöra vad det är man vill uppnå med en viss verksamhet, dvs. målet med verksamheten. Genom att sätta upp ett långsiktigt mål pekas en riktning ut för verksamheten. För en upphandlande myndighet eller enhet kan målet vara att reducera anskaffnings-

⁵ Se t.ex. G. Saloner, Polodny J. och A. Shephard, *Strategic management*, Wiley 2001.

kostnaderna för vissa insatsfaktorer eller öka kvaliteten på levererade tjänster. När det gäller fastställandet och formulerandet av mål är det viktigt att målet är tydligt uttryckt så att förståelse och acceptans erhålls, både internt i organisationen men också i den externa omgivningen. För det andra finns det typiskt sett ett samband mellan hur ambitiöst målet är och hur långt organisationen faktiskt når i måluppfyllelse. Den senare punkten har såväl psykologiska som verksamhetsmässiga/organisatoriska förklaringar.

2. Inriktning/omfattning – vad ska man göra?

En strategi handlar inte minst om att prioritera, dvs. bestämma vilka aktiviteter man ska ägna sig åt respektive inte hålla på med. För en kommun kan det t.ex. handla om i vilken utsträckning äldreomsorg ska bedrivas i egen regi eller upphandlas från privata utförare. Men det kan också handla om huruvida man ska genomföra egna upphandlingar av s.k. ITK-produkter⁶ eller klara anskaffningen via något av de centrala ramavtal som finns på marknaden. Vidare kan det handla om i vilken utsträckning kommunen ska ställa olika typer av krav, exempelvis miljökrav eller krav rörande sociala ändamål.

3. Hur är det tänkt att målet ska nås?

Ytterligare en komponent i en strategi är att klargöra hur det uppsatta målet ska nås, givet den omfattning och inriktning på verksamheten som valts. Det kan handla om en mängd olika saker, såsom kompetens, resurser, styrning etc. För en myndighet som valt att ombesörja merparten av sin anskaffning av varor och tjänster på egen hand, är det t.ex. av central betydelse att de som sköter upphandlingarna är kompetenta och har tillräckligt med resurser för att kunna göra ett bra arbete. Men det kan också röra sig om hur den upphandlande myndigheten eller enheten går tillväga i upphandlingens olika delar. Hur man skaffar sig marknadskunskap, hur man vårdar konkurrensen på marknaden, hur man kommunicerar med potentiella leverantörer, hur man ställer krav på miljöhänsyn och sociala hänsyn, hur korrekta drivkrafter för leverantörerna skapas via val av ersättningsformer, eventuell bonus och vite, hur kontraktet ska följas upp etc.

⁶ ITK är en förkortning för informations- och kommunikationsteknologi.

4. Den inre logiken – vad är det som säger att man kommer att lyckas?

Den sista komponenten i en sammanhängande strategi brukar kallas för strategins inre logik. Den ska svara på varför strategin kommer att fungera. Antag t.ex. att målet för en statlig myndighet är att reducera kostnaderna – summan av transaktionskostnader och inköpspris – för anskaffningen av en viss produkt. Ett sätt kan vara att dra nytta av en existerande inköpsordning, dvs. via ett centralt upphandlat ramavtal. Här är logiken att det kan vara ett effektivt sätt att nå målet eftersom myndigheten därmed själv slipper att genomföra en egen upphandling. Tillvägagångssättet minskar transaktionskostnaderna och ger förhoppningsvis lägre inköpspriser på grund av ramavtalens större inköpsvolym. Det finns med andra ord en tydlig ekonomisk logik bakom denna strategi.

Ett exempel på när denna så viktiga interna logik fallerar kan vara en myndighet som har satt upp ett ambitiöst mål för sin upphandling, klargjort vilka upphandlingsaktiviteter som ska utföras, hur själva upphandlingen och uppföljningen av kontrakten ska genomföras, dvs. man har de tre första komponenterna i strategin på plats. Pondera nu att den upphandlande myndigheten tillsatt för lite resurser, vilket t.ex. kan yttra sig i en bristfällig uppföljning av kontrakten. Då fallerar den inre logiken och strategin är inte komplett.

Sammanfattningsvis innebär det att vara strategisk att:

1. ha ett tydligt och gärna utmanande mål,
2. vara klar över vilka aktiviteter det är man ska ägna sig åt,
3. ha en plan för hur man ska gå tillväga för att nå målet, samt
4. ha en uppfattning, baserad på ett kritiskt och rationellt förhållningsätt, om varför den valda strategin bedöms vara effektiv.

En fördel med det skisserade strategibegreppet är att det både är generellt tillämpbart och möjligt att operationalisera. Den kan t.ex. med fördel användas för att formulera strategier för den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster i stort. Men den kan också appliceras på en enskild upphandling.

Vad kan avses med strategisk upphandling?

Utredningen har ett flertal gånger under arbetets gång konfronterats med begreppet strategisk upphandling. Det står klart att det inte finns någon enhetlig eller klar definition av vad som menas med begreppet. Beroende på sammanhang och vilken tonvikt som läggs på en strategis olika komponenter kan strategisk upphandling ges olika innebörd.

Strategisk upphandling kan ta sin utgångspunkt i målet för upphandlingen, dvs. den första delkomponenten i strategibegreppet. Det offentliga kan vara intresserat av att använda offentlig upphandling som ett medel för att främja en viss utveckling inom ett område. Det kan t.ex. handla om att stimulera efterfrågan på en ny och miljövänlig teknik, framväxten av socialt inriktade företag eller främjandet av små eller medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Den centrala strategiska aspekten ligger här i det uttalade målet, att upphandlingen ska bidra till att ett samhällspolitiskt mål uppnås. Sedan är det förstås viktigt att frågorna om vad, hur samt den inre logiken får nöjaktiga svar. Det är också viktigt att i sammanhanget pröva om offentlig upphandling är det mest kostnadseffektiva medlet för att uppnå målsättningarna.

Ett andra exempel på strategisk upphandling är när en betydande andel av en myndighets totala budget används för anskaffning av varor och tjänster. Två sådana myndigheter är Trafikverket och Försvarets materielverk. Båda myndigheterna upphandlar årligen varor och tjänster för tiotals miljarder kronor inom sina respektive verksamhetsområden. Här kan man med fog säga att upphandling tillhör myndigheternas kärnverksamheter. Det är den i särklass enskilt viktigaste aktiviteten och en central del i hur myndigheterna fullgör sina respektive uppdrag.

Speciellt Trafikverket är intressant i det här perspektivet. För cirka 20 år sedan fullgjorde dåvarande Vägverket⁷ en betydande del av sitt uppdrag, att utveckla och driva det statliga vägnätet, med egen personal. Dessa tjänster upphandlades således inte. I takt med att den egna verksamheten under 1990-talet kom att konkurransutsättas i allt större utsträckning, med målsättningen att öka den ekonomiska effektiviteten, ökade upphandlingen i betydelse. Följaktligen har också myndighetens strategi kommit att förändrats

⁷Trafikverket bildades 2010 genom en sammanslagning av Banverket och Vägverket. I samband med bildandet avknoppades de båda myndigheternas entreprenad- respektive konsultverksamheter, som blev fristående statliga bolag.

radikalt över tiden. Där det tidigare var en fråga om att ge direktiv till den egna personalen, handlar myndighetens arbete i dag om att analysera och vårda en leverantörsmarknad, fundera över de mest lämpliga entreprenadtyperna och formerna för ersättning samt kontraktsuppföljning – ett arbete som är mycket utmanade och ställer stora kompetenskrav.

Ett tredje exempel på strategisk upphandling handlar om det fall då en verksamhet inte behöver utgöra en dominerande del av en myndighets budget, men likväl rör myndighetens kärnverksamhet. I en kommun kan det t.ex. handla om hur äldreomsorgen ska ordnas. Ett centralt strategiskt val är här i vilken utsträckning kommunen ska bedriva äldreomsorg i egen regi respektive genom entreprenad. Detta val anknyter tydligt till den andra delkomponenten i strategibegreppet, nämligen frågan om prioritering. Svaret på denna fråga kommer i betydande grad att påverka hur kommunen måste arbeta och vilken kompetens man måste ha. Förenklat kan sägas att ju mer äldreomsorg som bedrivs i egen regi desto mindre kommer fokus att hamna på upphandling. Drivkrafter för kostnads-effektivitet och innovationsbenägenhet får sökas på annat sätt. Omvänt, ju mer av verksamheten som läggs ut på entreprenad desto mer hamnar upphandlingsrelaterade frågor i fokus, inte minst frågan hur man ställer relevanta, och uppföljningsbara kvalitetskrav samt ser till att dessa efterlevs.

Ett fjärde exempel på strategisk upphandling kan handla om att betona det rent operativa förfarandet, dvs. hur det uppsatta målet ska nås givet vad den upphandlade myndighetens valt för omfattning och inriktning på sitt anskaffningsförfarande. Det kan t.ex. handla om att formulera ett viktigt kvalitetsmål i en upphandling och pröva hur upphandlingen ska utformas för att maximera chanserna att målet realiserar. Detta inbegriper en rad olika överväganden, såsom val av anbudsutvärderingsmodell och ersättningsform samt uppföljningsmodell.

Strategisk upphandling ur ett makro- respektive mikroperspektiv

Den offentliga upphandlingen kan betraktas både ur ett makro- och ett mikroperspektiv. Med makroperspektiv avses här ett övergripande *top-down* perspektiv i form av ett aggregat av det totala antalet upphandlingar, de samlade inköpsvolymerna, regelverkets övergripande ändamålsenlighet och efterlevnad, det totala antalet

och sammansättningen av leverantörer med avseende på bland annat företagsstorlek, konkurrensen i stort, etc. Med mikroperspektiv avses i stället att den offentliga upphandlingen betraktas utifrån de enskilda aktörernas perspektiv. Det handlar med andra ord om den enskilda upphandlade myndigheten, den enskilda leverantören samt den specifika leverantörsmarknadens förutsättningar och funktions-sätt.

Det förefaller vid en första anblick som självklart att strategisk upphandling har olika innebörd beroende på om perspektivet är makro eller mikro. Förvisso är perspektiven annorlunda. Makroperspektivet är övergripande så till vida att man blickar ut över hela den offentliga sektorn, de olika upphandlingsmarknaderna m.m. Mikroperspektivet ser främst till den egna myndighetens intressen och dess behov av varor och tjänster. Men den strategiska dimensionen är densamma. Det handlar om att sätta upp långsiktiga och utmanande mål. Det handlar om att bestämma sig för vilka aktiviteter man ska ägna sig åt och hur man ska gå till väga för att nå målen. Det måste finnas en övertygande inre logik – annars kommer den valda strategin inte att fungera.

3.3 Strategisk upphandling ur ett ledningsperspektiv

Upphandlingsutredningen gör rent generellt bedömningen att det finns stora möjligheter till ökad effektivitet och kvalitet inom den offentliga upphandlingen. För att den goda affären ska förverkligas krävs dock ledningarnas fulla stöd och förståelse för den offentliga upphandlingens speciella förutsättningar och komplexitet. Det gäller på såväl nationell som lokal nivå.

I detta avsnitt behandlas ledarskapets betydelse ur såväl ett makro- som mikroperspektiv.

3.3.1 Strategisk upphandling ur ett makroperspektiv

När den offentliga upphandlingen betraktas ur ett makroperspektiv faller det sig naturligt att i första hand ha i åtanke statsmakterna, dvs. regering och riksdag. Från dessa organs perspektiv handlar strategisk upphandling om att formulera nationella mål för den offentliga upphandlingen och sedan skapa bästa möjliga förutsättningar för att dessa mål ska kunna uppnås. I praktiken sker detta på en rad olika sätt.

För det första genom att kontinuerligt se över och anpassa upphandlingsregelverket i en snabbt föränderlig värld. En central uppgift i sammanhanget är att finna en optimal balans mellan de formella och administrativa krav som läggs på både upphandlande myndigheter och leverantörer – i syfte att skapa transparens, minska risken för korrupktion etc., – och de krav på enkelhet, flexibilitet, möjlighet till långsiktighet m.m. som den goda affären kräver.

Många bedömare skulle definitivt hävda att den förstnämnda aspekten har fått en alltför stor tyngd i många länders upphandlingsreglementen. Det menar exempelvis den inflytelserike upphandlingsforskaren Steven Kelman i rapporten *Remaking Federal Procurement*.⁸ Han pekar på att den amerikanska upphandlingslagstiftningen under 1990-talet hade fått en slagsida mot regler vars primära syfte var att förhindra korrupktion och svägerpolitik, dvs. att föreskriva vad man *inte* får göra. Denna ambition minskade påtagligt förutsättningarna för både upphandlade myndigheter och leverantörer att göra goda affärer. Många bedömare har gett motsvarande omdöme om upphandlingslagstiftningen inom EU. Utredningen menar att både EU-kommissionens pågående översyn av upphandlingsreglerna och den svenska regeringens beslut om att tillsätta denna utredning ska ses i ljuset av kritiken mot stelbenta och inte alltid ändamålsenliga upphandlingsregler.

För det andra sker det genom olika former av tillsyn, konkurrensfrämjande åtgärder samt rättsvårdande insatser, som i grunden handlar om att se till så att regelverket för den offentliga upphandlingen efterlevs. Regeringen har t.ex. gett Konkurrensverket i uppdrag att verka för effektivt fungerande marknader och en i sammanhanget effektiv offentlig upphandling. Förvaltningsdomstolarna fyller en viktig funktion att avgöra tvister mellan upphandlade myndigheter och privata leverantör.

För det tredje sker det genom att på olika sätt stödja de upphandlande myndigheterna i deras arbete. Det kan handla om olika typer av information och vägledningar om lagstiftningen och dess tillämpning, hur man ska gå tillväga vid olika typer av upphandlingsförfaranden m.m. Det kan också handla om olika typer av kompetenshöjande insatser. Sedan några år tillbaka sker denna typ av stöd framför allt genom Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet försorg.

⁸ Kelman, *Remaking Federal Procurement*, s. 13.

En helt annan typ av stöd åstadkoms genom samordning av upphandlade myndigheters inköp av vissa varor och tjänster. För den statliga sektorn sker denna genom Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiet, som har i uppdrag att upphandla ramavtal för sådana produkter som flertalet statliga myndigheter är i behov av. Motsvarande stödfunktioner finns inom den kommunala sektorn i form av SKL Kommentus Inköpscentral, Upphandlingsbolaget i Göteborg, kommunalförbundet Inköp Gävleborg med flera.

För det fjärde främjas de nationella målen genom olika typer av styrning av de upphandlande myndigheterna. Ett exempel på styrning i den statliga sektorn är förordningen om statlig inköps-samordning⁹ som innebär att de myndigheter som lyder under regeringen i första hand ska använda Kammarkollegiets ramavtal för sin anskaffning av vissa varor och tjänster. Men styrningen av myndigheterna sker också genom särskilda förordningar, som till exempel inköp av miljöbilar¹⁰, och genom krav att vissa statliga myndigheter ska inkludera s.k. antidiskrimineringsklausuler¹¹ i sina upphandlingar. Även mer generella faktorer kommer in, som att myndigheterna bör ta miljöhänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta.¹²

För det femte sker styrningen mot de nationella målen genom att s.k. e-handel främjas. Kommunerna och staten har under många år arbetat med att införa it-stöd i den administrativa statsapparaten i syfte att förenkla och snabba på olika typer av arbetsprocesser. Detta sker inte minst inom området elektronisk handel där för närvarande ESV, Kammarkollegiet och Sveriges Kommuner och Landsting arbetar med att ta fram öppna standarder. ESV stödjer de statliga myndigheternas införande av e-handel (se avsnitt 3.7).

Sist men inte minst sker styrningen genom att statsmakterna ombesörjer insamling, bearbetning och tillhandahållande av statistik rörande den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster. Detta är en central uppgift. Det framstår som helt nödvändigt att ha bra och tillförlitlig information om hur upphandlingen går till, hur mycket den omsätter och vilka resultat som genereras för att kunna styra upphandlingen mot uppsatta mål. Här finns i dag stora brister, vilket för övrigt särskilt uppmärksammas i Upphandlingsutredningens kommittédirektiv.

⁹ Förordningen (1998:796) om statlig inköps-samordning.

¹⁰ Förordningen (2009:1) om miljö- och trafiksäkerhetskrav för myndigheters bilar och bilresor.

¹¹ Förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

¹² 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 a § LUF.

3.3.2 Nationell styrning och ledarskap

Upphandlingsutredningens bedömning:

En samordnad politik för offentlig upphandling kan leda till stora besparingar och andra vinster inom prioriterade samhällsområden.

Upphandlingsutredningens förslag:

En nationell handlingsplan för offentlig upphandling upprättas där mål, prioriterade åtgärder och ansvariga myndigheter anges.

Nationellt fokus på den goda affären

Utredningen har i många sammanhang uppmärksammat på att den offentliga upphandlingen har slagsida mot juridik – till förfång för andra överväganden – och i alltför stor utsträckning har präglas av lagtillämpning och överprövningar. Självklart ska lagstiftningen respekteras. Men det problem som framträder är att *den goda affären* hamnat i skymundan för juridiken. Detta är den primära orsaken till att Upphandlingsutredningen, tidigt i sitt arbete, valde att ge högsta prioritet åt den goda affären som begrepp och mål för upphandlingen och utredningsarbetet. Begreppet innebär, som tidigare framförts att de upphandlande myndigheterna och enheterna, inom ramen för regelverket, ställer och följer upp krav på kvalitet, i enlighet med verksamheternas behov där servicen till medborgarna står i fokus och att detta sker till lägsta möjliga totalkostnad.¹³ Stort fokus läggs således på de upphandlande myndigheternas och enheternas service till medborgarna. Viktigt är också att myndigheterna föregår med gott exempel genom att ta ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling. Den goda affären handlar vidare om att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamheternas behov samt att konkurrensen på de aktuella upphandlingsmarknaderna tas tillvara och vårdas. Det sistnämnda inkluderar ett särskilt ansvar för små och medelstora företags möjligheter att delta i offentliga upphandlingar. En viktig dimension av den goda affären utgörs också av att anskaffningen sker till lägsta möjliga totalkostnad, i vilket ingår att hänsyn tas till ett livscykelperspektiv.

¹³ Utredningen ger begreppet ett närmare innehåll i 2 kap.

Norska och danska åtgärder

I Norge har regeringen tagit initiativ till att förbättra den offentliga upphandlingen, bl.a. genom en skrivelse till Stortinget år 2008.¹⁴ I skrivelsen anges att det är nödvändigt att betrakta genomförandet av offentlig upphandling i ett bredare sammanhang än hittills. Regelverk, organisation och genomförande av upphandlingar, kompetensbehov och den offentliga upphandlingens rykte är bland de faktorer som anses ha avgörande inflytande på kvaliteten på upphandlingarna. Genom en särskild studie av hur statliga och lokala myndigheter bedriver sin upphandling har den norska regeringen identifierat ett antal områden där det finns särskilda behov av åtgärder. Exempel på sådana är organisation, ledning och kompetenshöjande åtgärder. Regeringens slutsats är att en effektivisering av den offentliga upphandlingen kan frigöra resurser som skulle kunna användas för både förnyelse och ökad välfärd.

I Norge finns också särskilda handlingsplaner för miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling¹⁵ samt för deltagandet av små och medelstora företag.¹⁶

Den danska regeringen arbetar med att utveckla en strategi för *intelligenta offentliga inköp*. Med intelligenta offentliga inköp avses bättre och billigare inköp som främjar bl.a. innovation och en grön övergång. Strategin tas fram i ett samarbete mellan olika departement och myndigheter.

Regeringen har historiskt sett framför allt fokuserat på lagstiftningsfrågor och främst de legala aspekterna i samband med genomförandet av upphandlingsdirektiven och utformningen av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF. Konsekvenserna för de offentliga verksamheterna och medborgarna, som ska ta del av den offentliga servicen, samt samhällsekonomiskt effektiva anskaffningar har inte visats intresse i samma utsträckning. Vidare har den bredare frågeställningen, om en samordnad politik för goda affärer i offentlig sektor, inte getts samma uppmärksamhet som åtgärder för att öka efterlevnaden av lagstiftningen. Enligt utredningens mening måste förslag till framtida regeländringar eller

¹⁴ St.meld. nr. 36 (2008–2009), *Det gode innkjöp*.

¹⁵ Miljö- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser – handlingsplan 2007–2010.

¹⁶ *Små bedrifter – stora verdeier*, Regjeringens strategi for små og mellomstore bedrifter 2012, s. 92 ff.

andra åtgärder med bäring på den offentliga upphandlingen, så långt som möjligt, samordnas med sikte på att uppnå den goda affären.

Hittillsvarande brister i samordningen har enligt Upphandlingsutredningens mening lett till en fragmentisering av upphandlingspolitiken. Olika sakdepartement har ansvar för sina respektive frågor, som till exempel inom miljö-, konkurrens-, innovationsområdet etc. Sakdepartementen har i sin tur fördelat uppgifter och resurser på sina respektive myndigheter. Detta har sammantaget lett till en splittrad bild och oklarheter om vad regering och riksdag vill med upphandlingspolitiken. Även insatserna för stöd och vägledning inom upphandlingsområdet har varit splittrade. Den splittrade myndighetsbilden har dock uppmärksammats under en längre tid¹⁷ och ledde 2011 till tillsättandet av en särskild utredning, Upphandlingsstödutredningen. Denna utrednings betänkande från maj 2012, om ett samordnat statligt upphandlingsstöd i en ny myndighet, är enligt Upphandlingsutredningen ett stort steg i rätt riktning.¹⁸ Förslaget behandlas för närvarande i Regeringskansliet.

Vidare finns inget departement som har det övergripande ansvaret för socialt ansvarsfull offentlig upphandling. Upphandlingsutredningen anser att detta sannolikt har bidragit till att frågan hamnat i skymundan. Sociala hänsyn inrymmer bl.a. frågor om jämställdhet, arbetsrätt, arbetsmiljö, villkoren för den sociala ekonomin, frågor om etisk handel, tillgänglighetsfrågor, integration m.m. Dessa sakfrågor hanteras av flera olika departement. Enligt Upphandlingsutredningen bör Socialdepartementet ha det övergripande samordningsansvaret för socialt ansvarsfull offentlig upphandling.

Den splittrade politiken och upphandlingsstödet har hittills gett allt annat än optimala förutsättningar för den offentliga upphandlingen. Till syvende och sist ska en rad olika mål och hänsyn förverkligas i den enskilda upphandlingen. Genom att politiken varit splittrad – och genom avsaknaden av en gemensam strategi – har det varit svårt för de enskilda myndigheterna att väva samman alla olika hänsyn och nå upp till målet om den goda affären.

¹⁷ Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139, Statskontorets rapport *En ny upphandlingsmyndighet* (2010:23) samt Riksrevisionens granskning *Miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?*, RiR 2011:29.

¹⁸ *Upphandlingsstödet framtid*, SOU 2012:32. Se närmre om Upphandlingsutredningens inställning i avsnitt 1.4.

En outnyttjad besparingspotential?

Ansvar för den offentliga upphandlingen har fram till valet 2010 legat på Finansdepartementet. Utredningen har dock – utöver en effektivisering av den statliga inköpssamordningen¹⁹ – inte kunnat spåra förekomsten av några specifika ansatser och direktiv inom departementet som syftat till en styrning och effektivisering av de statliga myndigheternas offentliga upphandlingar. På senare tid har dock en satsning gjorts på elektronisk fakturahantering och beställningssystem, syftande till en effektivisering av denna del av inköpsprocessen. När e-beställningen är på plats i de statliga myndigheterna kommer beställningarna att effektiviseras radikalt och möjligheterna avsevärt förbättras till en bättre kontroll över inköpen. Men som utredningen skriver i avsnitt 3.7 borde det finnas betydande effektiviseringspotential genom att skynda på utvecklingen också av steget innan, dvs. att göra själva upphandlingsförfarandet elektroniskt.

Skotsk reform på upphandlingsområdet

I Skottland inleddes under 2006 en översyn i syfte att förbättra upphandlingen inom den skotska offentliga sektorn.²⁰ Visionen var att bygga upp strukturer och processer för att kontinuerligt förbättra upphandlingens effektivitet i hela den offentliga sektorn. Vid en uppföljning av satsningens resultat efter de första tre åren bedömdes att reformen, i slutet av budgetåret 2007–08, gett direkta besparingar om £ 327 miljoner.²¹ Den skotska regeringens årliga utfallsberäkningar från 2009–10 visar att besparingen stigit till nästan £ 800 miljoner.²² I januari 2010 godkände skotska Public Procurement Reform Board den andra fasen av reformprogrammet – *Transforming Procurement: Accelerating Delivery*. I strategin anges att begreppet *value for money* är en medveten balans mellan kostnad, kvalitet och hållbarhet.

¹⁹ I sammanhanget konstateras att inköpssamordningen utgör en mindre andel av den totala statliga upphandlingen.

²⁰ McClelland, *The Review of Public Procurement in Scotland - Report and Recommendations*, mars 2006.

²¹ *Improving Public Sector Purchasing*, Audit Scotland, juli 2009.

²² www.scotland.gov.uk/Topics/Government/Procurement/about/Review/Background

Utöver möjligheten att minska transaktionskostnaderna borde det enligt utredningen också finnas en betydande möjlighet att styra och effektivisera de statliga myndigheternas inköpsvolym. Andra områden där tydligare signaler från regering och riksdag sannolikt skulle åstadkomma goda resultat gäller den offentliga upphandlingens roll i arbetet för hållbar utveckling samt i främjandet rent generellt av innovativa lösningar inom olika samhällsområden.

Med beaktande av effektiviseringspotentialen och att upphandling handlar om att hushålla med allmänna medel, anser Upphandlingsutredningen att Finansdepartementet bör ansvara för upphandlingspolitiken.

En nationell handlingsplan för den offentliga upphandlingen

För att målet om den goda affären ska nås, på både makro- och mikronivå, krävs åtgärder av en rad aktörer på olika nivåer i samhället. Regeringen har att överväga reformer av lagstiftningen, styrningen av de statliga myndigheterna och en förstärkning av allmänt upphandlingsstödande åtgärder. Statistikförsörjningen på området är ett annat exempel där förbättringar krävs, inte minst för att stärka förutsättningarna för styrning, uppföljning och utvärdering av statens upphandlingar. Regeringen bör enligt Upphandlingsutredningens mening överväga att ta ett tydligare grepp kring helheten, förslagsvis genom att utveckla en handlingsplan för den offentliga upphandlingen, där politiken kan samordnas och lyftas – allt i syfte att bidra till goda affärer i offentlig sektor.

Dansk modell för styrning av kommunernas upphandlingar

I Danmark hålls årligen ett möte mellan den danska regeringen och kommunerna i samband med budgetförhandlingarna. Vid ett sådant möte år 2009 beslutades om en gemensam målsättning att 26,5 procent av kommunernas verksamheter skulle vara föremål för konkurrensutsättning år 2010. Enligt den danska kommunallagen måste alla kommuner anta en upphandlingsstrategi.²³ Strategin ska bl.a. innehålla hur konkurrensutsättningen av olika verksamheter ska ökas. Avsikten är att sätta konkurrensutsättning högt på den politiska dagordningen på ett tydligt och systematiskt sätt.

²³ 62 § den kommunale styrelseslov.

En starkare styrning från regeringens sida kommer framför allt att gälla de statliga upphandlade myndigheterna. Men en samordnad upphandlingspolitik, med nationella mål och en handlingsplan, kommer även samtliga upphandlande myndigheter och enheter till godo. Genom att stärka förståelsen för och kompetensen inom området offentlig upphandling förbättras förutsättningarna för att göra goda affärer. Sannolikt påverkas även efterlevnaden av regelverken på upphandlingsområdet positivt. En ytterligare effekt torde därmed vara att antalet överprövningar minskar. Genom satsningar på ökad kompetens och forskning (se avsnitt 3.6) kan staten bidra till att kunskapen på upphandlingsområdet rent generellt förbättras, inte minst när det gäller att bedöma effekterna av ställda miljökrav och sociala hänsynstaganden samt ansträngningarna att engagera små och medelstora företag.

Upphandlingsutredningen ger ett förslag till handlingsplan i avsnitt 11.

3.3.3 Strategisk upphandling ur ett mikroperspektiv

När man betraktar den offentliga upphandlingen ur ett mikroperspektiv är som sagt perspektivet den enskilda upphandlande myndighetens, dvs. en statlig myndighet, en kommun, ett landsting eller i förekommande fall ett offentligt eller privat företag som omfattas av upphandlingsregelverket. Som utredningen redan har varit inne på skiljer sig de upphandlande myndigheterna från varandra i en rad avseenden, bland annat vad gäller verksamhetens omfattning. För vissa myndigheter och enheter är upphandlingen av olika tjänster att betrakta som en del av kärnverksamheten. För andra myndigheter och enheter åter är upphandlingen en tämligen perifer och liten del av verksamheten och syftar främst till att ge stöd för administrationen. Att dylika skillnader får konsekvenser för den vikt med vilken upphandlingsverksamheten tillmäts hos myndigheten är tämligen givet. På liknande sätt skiljer sig de stora myndigheterna såsom Arbetsförmedlingen, Försäkringskassan och Skatteverket från de mindre myndigheterna genom de förras betydligt större inköpsvolym, vilket ofta innebär att dessa myndigheter byggt upp egna upphandlingsenheter. På motsvarande sätt skiljer sig de stora och små kommunerna åt, dock inte ifråga om upphandlingsverksamhetens inriktning – behoven är normalt desamma –

utan främst genom de volymer som hanteras och de resurser man har till förfogande för att organisera verksamheten.

Oaktat dessa skillnader är det viktigt att den goda affären står i centrum för anskaffningen. God hushållning med skattemedel innebär att myndigheterna ska sträva efter att genomföra sina inköp så att maximalt värde för pengarna erhålls. Detta bör vara ett övergripande mål för alla offentliga myndigheter. Andra centrala mål kan vara att de upphandlande myndigheterna ska vara föredömen vad gäller relevant, proaktivt kravställande, god analys av den service till medborgarna som ska levereras samt systematisk organisation av uppföljning och utvärdering. När det gäller dessa olika mål finns det brister i dag, både bland de statliga myndigheterna och bland kommuner och landsting samt de offentliga bolagen. Genom att förbättra upphandlingen kan sannolikt betydande resurser frigöras och verksamheternas kvalitet förbättras.

Faktum är att den offentliga upphandlingen – via sitt konkurrensinriktade förfarande – sannolikt är det främsta medlet för den offentliga sektorn att ta del av och förverkliga en del av de produktivitetsoökningar som en konkurrensutsatt privat sektor erfarenhetsmässigt har visat sig vara bra på att åstadkomma. Till bilden hör naturligtvis att delar av den offentliga verksamheten är långt svårare att effektivisera än traditionell varuproduktion och service. Men en ökad konkurrensutsättning – med tydliga kvalitetskrav – bör kunna medverka till att produktiviteten höjs även i offentliga verksamheter. För att åstadkomma detta krävs dock att upphandlingsverksamheten tillmätts långt större betydelse än vad som generellt sett är fallet i dag.

Det krävs att ledningarna i de upphandlande myndigheterna i större utsträckning ser upphandlingen som ett sätt att öka både kvaliteten och effektiviteten i verksamheten. För att åstadkomma detta krävs helt uppenbart en förbättrad styrning. Andra centrala strategiska frågor är vilka aktiviteter myndigheterna själva ska ägna sig åt vad gäller anskaffningen, i vilken utsträckning de ska använda sig av inköpssamordning och anlita extern upphandlingsexpertis, etc. Därtill kommer alla olika operativa frågor om hur de olika stegen i upphandlingsprocessen ska hanteras för att uppnå de uppsatta målen.

3.3.4 Styrning hos den upphandlande myndigheten eller enheten

I rapporten *Strategiskt upphandlingsarbete*, som AffärsConcept arbetat fram för Upphandlingsutredningens räkning, framhålls att ett grundläggande problem för tilltron till den svenska offentliga upphandlingen är rådande attityder till den offentliga upphandlingen bland ledande befattningshavare och deras brist på förståelse för upphandlingens betydelse för respektive organisationers verksamhet i stort.²⁴ Denna problematik har blivit alltmera uppenbar och aktuell även för utredningen. Ledningens intresse och förståelse för upphandlingsverksamheten varierar naturligtvis från organisation till organisation. Ofta betraktas denna enbart som en stödfunktion till verksamheten i stort vilket får till följd att inköpsfunktionen inte involveras i hela anskaffningsprocessen utan involverade först i samband med att t.ex. beslutet om vad som ska köpas redan har fattats och kravspecifikationen redan utformats. Andra ledningar är endast intresserade av upphandlingsfrågor i samband med enstaka projekt som är kritiska för vissa verksamheter. I åter andra fall väcks ledningens uppmärksamhet först i samband med en överprövning som stoppar myndighetens anskaffning av en vara eller tjänst.

AffärsConcept har på uppdrag av utredningen arbetat fram en definition av och kriterier som kännetecknar strategiskt upphandlingsarbete. Kriterierna omfattar organisation, ansvar, målformuleringar, policy- och styrdokument, kompetens, kvalitet och kostnader. För att intentionerna bakom den goda affären ska kunna förverkligas är det av avgörande betydelse att den upphandlande myndigheten eller enheten har en väl anpassad upphandlingsfunktion, överblick över upphandlingsmönster, styrdokument, affärskompetens och en ledning med förmåga att inse vilket betydelsefullt instrument upphandlingen är. I den fallstudie som gjordes framkom att följande faktorer är särskilt viktiga för att säkerställa ett strategiskt upphandlingsarbete:

- ledningens stöd,
- att upphandlingsfrågor representeras på ledningsnivå,
- att upphandlingsfunktionen anpassas till organisationens övriga verksamhet, samt
- samverkan med andra upphandlande myndigheter eller enheter.

²⁴ AffärsConcept i Stockholm AB, *Strategiskt upphandlingsarbete*, juni 2012, s. 106. Bilaga 6.

Hur arbetar ledningen strategiskt?

Viktiga överväganden

En central del i myndigheternas strategiska arbete är att överväga vilken verksamhet som ska bedrivas i egen regi och vilka delar som ska konkurrensutsättas. Det kan konstateras att olika upphandlande organisationer har starkt divergerande syn på värdet av konkurrensutsättning i förhållande till produktion i egen regi. För ett antal offentliga aktörer är det främst ideologiska och politiska aspekter som påverkar valet. För andra aktörer baseras valet i större utsträckning genom att frågan – Hur får vi det bästa resultatet? – ställs och besvaras.

Oavsett motivet för konkurrensutsättningen är det alldeles nödvändigt att myndigheten noga överväger vad som krävs för att gå från produktion i egen regi till att upphandla varan eller tjänsten. Vad som krävs kommer naturligtvis att bero på vilken typ av upphandling som avses. Särskilt stor blir omställningen när man lägger ut verksamhetsnära tjänster eller kärnverksamheter.

Mål

När konkurrensutsättning valts som alternativ behöver den politiska ledningen kommunicera vilka mål organisationen vill uppnå genom de enskilda upphandlingarna. Med anledning av att olika organisationer har vitt skilda förutsättningar och behov är det nödvändigt att varje upphandlande myndighet och enhet utvecklar mål som är mätbara och anpassade till sin verksamhet. Inte sällan saknas tydliga mål för upphandlingsarbetet. I de fall målbilder finns är dessa i huvudsak kopplade till enskilda upphandlingar.

Att ställa upp mål är en del av det strategiska arbetet inom en organisation. Det innebär att målen behöver beslutas av organisationens ledning. Mål för upphandlingsarbetet och vad som ska uppnås med detta kan vara att:

- En kontinuerlig kvalitetsutveckling – i förhållande till verksamhetens och berörda medborgares behov – av de varor eller tjänster som upphandlas,
- främja innovativa lösningar som stimulerar näringslivet,

- tillföra det offentliga nya effektivare lösningar än vad som tidigare varit fallet,
- minska negativ miljöpåverkan avseende upphandlade varor, entreprenader och tjänster,
- bidra till utveckling av och möjligheter för små och medelstora företag, eller
- bidra till ett ökat socialt ansvarstagande.

Målen för vad som ska uppnås inom själva upphandlingsarbetet kan exempelvis åstadkommas genom att upphandlingsorganisationen arbetar strategiskt med att:

- uppnå intern och extern acceptans för upphandlingen inom organisationen,
- uppnå goda leverantörskontakter och bidra till främjande av konkurrens,
- uppnå en hög upphandlingskompetens bland personalen, samt
- uppnå vissa definierade och målsatta nyckeltal; exempelvis antal genomförda upphandlingar, tid för genomförande av en upphandling, antal anbud per upphandling, andel mindre företag som erhåller kontrakt eller ramavtal, avtalstrohet hos beställarorganisationen.

Som nämnts i tidigare i kapitlet måste upphandlande myndigheter och enheter som genom upphandling vill uppnå olika mål, exempelvis miljömål eller sociala mål, upprätta en tydlig strategi. Upphandlingsstrategier kan exempelvis återspegla nationella, regionala eller lokala mål. De kan också bekräfta den betydelse som upphandlingarna ska ha för att uppnå dem.

Det är viktigt att det finns dokumenterade rutiner och processer som stöd till inköpsfunktionerna. Policydokument och styrdokument kan utgöra en bra grund för att belysa den upphandlande myndighetens eller enhetens inriktning i upphandlingsfrågor. Det förtjänar dock att påpekas att det som är avgörande för genomslagskraften är att dokumenten är kända, används på rätt sätt och kompletteras med relevanta krav baserade på det verkliga behovet. Följande aspekter och styrdokument är angelägna för att kunna genomföra verksamhetens strategi.

- Ledningen för organisationen fastställer en årlig upphandlingsplan.
- Det finns en upphandlingspolicy som fastställts av organisationens ledning i ett dokumenterat beslut.²⁵
- Det finns andra kända styrdokument som, utöver frågor om regel efterlevnad, omfattar strategiska upphandlingsfrågor t.ex. frågor kring affärsetik, miljöfrågor och sociala aspekter.
- Styrdokumentet revideras av utpekad ansvarig och utvecklas löpande. Hänsyn tas till organisationsstruktur, marknadsutveckling, och regelförändringar m.m.
- Det finns riktlinjer för hur effektivitet uppnås i anskaffningsprocessen, genom att exempelvis utnyttja samordnade ramavtalsupphandlingar eller att använda it-baserade verktyg.
- Det är tydligt för beställare inom organisationen vilka regler och riktlinjer som ska följas vid upphandling.

Inom flera upphandlande myndigheter och enheter saknas dokumentation som reglerar frågor om affärsetik, miljö och sociala hänsyn trots att denna typ av frågor som regel anses vara av mycket betydelsefull karaktär, inte minst inom kommunal verksamhet.²⁶ Avsaknaden av sådana dokument visar på brister i förståelsen för upphandlingars inverkan på olika politiska mål. Internationella studier visar att ett framträdande hinder för hållbara lösningar har att göra med informationsbrister och i vilken mån upphandlare och inköpare är bekanta med riktlinjerna. Detta kan i sin tur kopplas till vikten av ledarskap.²⁷ Det är verksamhetens ledning som har det yttersta ansvaret för utarbetandet och införandet av ovan nämnda styrdokument. Ledningen behöver också säkra nödvändiga mandat och resurser till arbetet och bidra till förankring i den övriga organisationen. Enligt Upphandlingsutredningen kan det vara en god idé att ha en regelbundet återkommande diskussion i kommun- och landstingsfullmäktige eller myndighetsstyrelser om upphand-

²⁵ En upphandlingspolicy visar bl.a. den upphandlande myndighetens eller enhetens interna regelverk gällande offentliga upphandlingar. I upphandlingspolicyn kan exempelvis interna gränser för direktupphandling preciseras. Den kan också utgöra en vägledning i hur förtroendevalda och anställda ska agera när det gäller inköp och upphandling. En policy kan också innehålla riktlinjer med mer detaljerad information för att ytterligare underlätta i arbetet med inköp och upphandling inom specifika områden eller ett förhållningssätt i en viss fråga.

²⁶ AffärsConcept i Stockholm AB, *Strategiskt upphandlingsarbete*, juni 2012, s. 70.

²⁷ Brammer och Walker, 2011, s. 467.

lingens övergripande mål och återkoppling om hur upphandlade verksamheter följts upp och fungerar.

I en strategisk upphandlingsorganisation är det viktigt att man reglerar rutinerna för deltagande i projektgrupper samt förhållandet mellan projektledaren (upphandlaren) och projektgruppen (upphandlingsjurist, sakkunniga, miljöexperter, beställare/användare m.fl.) i upphandlingarna. Rutinerna bör dessutom ge utrymme för den affärsmässighet som krävs för att göra goda affärer. Erfarenheter visar att rutinerna inte bör regleras på detaljnivå. De ska nämligen kunna användas på olika typer av upphandlingar.²⁸

Organisationen av upphandlingsarbetet

En upphandlande myndighet eller enhet måste avväga hur denna bäst organiserar och bedriver upphandlingsarbetet. Utformning och organisatorisk placering av upphandlingsfunktionen skiljer sig med nödvändighet åt mellan olika myndigheter och enheter. Hur upphandlingsfunktionen ska vara utformad är beroende av uppdraget, verksamheten och övriga förutsättningar såsom storleken på den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan handla om valet mellan exempelvis centraliserad/decentraliserad upphandlingsfunktion, gemensam nämnd, kommunalförbund eller annan samordning m.m. Det finns exempel på kommuner som med framgång inrättat en särskild upphandlingsnämnd inom kommunen.²⁹

Utan lämplig organisation har andra åtgärder, t.ex. kompetenssatsningar, begränsad effekt. Det är viktigt att upphandlingsfunktionen har en tydlig roll med utpekat ansvar. En högst relevant fråga handlar om hur mycket och vad som politiskt ska beslutas kring en upphandling, exempelvis om miljökrav ska ställas i varje upphandling eller om denna fråga bör avgöras av den enskilde upphandlaren utifrån upphandlingens art och omfattning.

Av den fallstudie som utredningen beställt framgår att i de flesta av de tillfrågade organisationerna är upphandlingsfunktionens struktur och utformning följden av ett noggrant övervägande. Särskilt inom mindre organisationer men även inom de större organisationerna

²⁸ Brahic mfl, *Strategisk offentlig upphandling*, Jure 2012, s. 17.

²⁹ Värnamo kommun har en upphandlingsnämnd som ansvarar för kommunens upphandlingsverksamhet samt att upphandlingar genomförs enligt gällande upphandlingslagsstiftning samt i enlighet med kommunens särskilda föreskrifter, kommunens distributionslösning av varor, kommunens samtliga leverantörsfakturor och införande av elektronisk handel. Kommunerna Nynäshamn och Haninge har från och med den 1 oktober 2012 en ny gemensam upphandlingsorganisation – Södertörns upphandlingsnämnd.

finns dock exempel på att verksamheterna upplever att de har för lite resurser. Det kan vara ett tecken på att upphandlingsfrågorna och inköpsfunktionen inte är tillräckligt prioriterade av ledningen. Möjligen kan det enligt Upphandlingsutredningens mening även återspegla ett felaktigt val av organisationsform eller ett eventuellt resultat av att upphandlingsfrågor inte prioriteras tillräckligt tydligt på nationell nivå.

I organisationsfrågan ingår även överväganden om vilken kompetens organisationen har behov av. En upphandlingsfunktion som har tillräckliga resurser och personal med rätt kompetens och erfarenhet har självklart långt bättre förutsättningar att utforma upphandlingar som leder till den totalekonomiskt bästa affären. Med bristande resurser och kompetens riskerar resultatet i stället att baseras på kortsiktiga och alltför snäva överväganden.

Växjö kommuns analys av upphandlingsfunktionen

Växjö kommun har gjort en analys av upphandlingsfrågorna ur ett kommunledningsperspektiv. Man fokuserade på upphandlingens nuvarande och framtida roll i den strategiska planeringen. Kommunen fann bland annat att troheten till ingångna avtal hittills var otillräcklig och att vissa upphandlingar inte utfördes helt i enlighet med LOU. Vidare användes inte konsulter kunskap i önskad utsträckning. Det fanns enligt analysen också möjligheter till utökad regional samverkan. Vidare ansågs upphandlingsfunktionen kunna uppnå en högre kvalitet, till exempel med tydligare styrning och utnyttjande av specialistfunktioner. Dessutom ansåg man att det politiska inflytandet kunde ökas och de kommunala målen beaktas bättre. Det konstaterades att en organisation där den politiska viljan ska omsättas och passera flera chefsled, i båda riktningar, inte var optimal. Beslutsvägarna behövde kortas och ett mer sammanhållet kommunledningsansvar ansågs nödvändigt. Man föreslog därför att upphandlingsfrågorna skulle finnas representerade på ledningsnivå i kommunen, vilket i Växjös fall var i kommunledningsförvaltningens arbetsgrupp.³⁰

³⁰ Braic mfl, *Strategisk offentlig upphandling*, Jure 2012, s. 10.

Enligt AffärsConcepts rapport är antalet upphandlingschefer som ingår i upphandlande myndigheters eller enheters ledningsgrupper mycket begränsat. I större kommunala och statliga organisationer är det dock vanligare att upphandlingsfrågor representeras på ledningsnivå.

3.3.5 Upphandlingsutredningens slutsatser och förslag

Upphandlingsutredningens förslag:

Upphandlingsstödet ansvarar för att utveckla processbeskrivningar och vägledningar för strategisk upphandling och inköpsstrategier.

Offentlig upphandling, med fokus på strategi, bör vidare införas på agendan i de kurser som hålls för ledare inom staten.

Upphandlingsstödet ansvarar för att utveckla och genomföra särskilda informationsinsatser kring upphandlingens strategiska betydelse som riktas till verksamhetsföreträdare och strategiska beslutsfattare.

Som framgått av den tidigare beskrivningen är den offentliga upphandlingens strategiska betydelse en alltför litet uppmärksammas dimension av myndigheternas verksamhet. Detta gör att upphandlingsfrågor mer sällan aktualiseras på ledningsnivå och att de personer som ansvarar för upphandlingsfunktionen som regel inte finns representerade i ledningsgrupper. Utredningen gör bedömningen att detta vakuum är en av de viktigaste frågorna – i synnerhet där det som upphandlas utgör en viktig del av myndighetens verksamhet – att åtgärda i arbetet för att stärka och effektivisera den offentliga upphandlingen.

Det är ledningens ansvar att upphandlingarna leder till att verksamhetens mål uppfylls och att dessa är i enlighet med gällande lagar och regler. Det ansvaret kan ledningen inte delegera. Det är också ledningens uppgift att se till att upphandlingsorganisationen har nödvändig kommersiell, teknisk och juridisk kompetens m.m. för att kunna genomföra *den goda affären*. Vissa större organisationer kan bygga upp intern kompetens för detta ändamål medan mindre myndigheter ofta behöver samarbeta med andra myndigheter alternativt söka stöd hos regionala eller centrala inköpscentraler (se avsnitt 3.5).

Som Upphandlingsutredningen beskrivit ovan måste en rad upphandlingsstrategiska frågor fattas på ledningsnivå. Det rör framförallt frågor av typen om varan eller tjänsten ska produceras i egen regi eller upphandlas, målen för verksamheten och hur upphandlingsfunktionen bör vara organiserad samt hur den ska vara representerad i myndighetens ledning.

Vilka är ledarna?

Vikten av ledningens stöd och styrning av organisationens upphandlingsverksamhet är således central. Men vilka är beslutsfattarna? Upphandlingsstödsutredningen har identifierat att såväl *strategiska beslutsfattare* som *verksamhetsföreträdare* inom upphandlande myndigheter bör vara viktiga målgrupper för upphandlingsstödet. Upphandlingsutredningen instämmer i bedömningen.

Gruppen *verksamhetsföreträdare* är mycket stor och omfattar personer på olika nivåer inom upphandlande myndigheter. Kunskaperna om offentlig upphandling varierar mycket bland dessa. Bristande kunskaper om bl.a. lagstiftning och mera övergripande frågor kan ibland resultera i konflikter och spänningar mellan verksamhetsföreträdare och upphandlare, som till exempel att verksamhetschefer sanktionerar otillåtna direktupphandlingar eller andra former av felaktigheter.

Med *strategiska beslutsfattare* avses personer som har en tydligt ledande roll inom en upphandlande myndighet och därigenom spelar en avgörande roll och påverkan på övergripande strategiska frågor liksom organisatoriska frågor som ansvars- och samarbetsstrukturer samt resursallokering inom myndigheten. Till strategiska beslutsfattare kan räknas bl.a. myndighetschefer, ordföranden i kommunstyrelser, kommunalråd liksom kommundirektörer samt dess motsvarigheter inom regioner och landsting.

Det samordnade upphandlingsstödet kan genom att visa på organisatoriska modeller för olika typer av verksamheter bidra till att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter att finna den mest optimala organisationen av upphandlingsfrågorna. Vidare kan upphandlingsstödet bistå ledningsfunktioner med planläggning och

inköpsstrategier bl.a. om hur grundläggande långsiktiga mål kan formuleras. Det samordnade upphandlingsstödet bör därför få i uppdrag att utveckla processbeskrivningar och vägledningar för hur strategiskt upphandlingsarbete bör bedrivas på ledningsnivå.

Norge stödjer sina ledare

I den norska skrivelsen *Det gode innkjöp* anges att ett gott ledarskap och god förankring av inköpsorganisationen i verksamheten är centrala förutsättningar för professionella och korrekta inköp. Det konstateras att åtgärder för ökad förankring av offentlig upphandling hos verksamhetsledare och en bättre kontroll på inköpsaktiviteterna är centrala. Vidare understryks vikten av kompetensförsörjningen och att denna är intimt kopplad till de olika verksamheternas organisation.

Den norska regeringen har gett Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) i uppdrag att höja kompetensen inom offentlig upphandling genom särskilda kurser och vägledningar. Difi ska också ge myndigheternas ledningar bistånd i att organisera, styra och kontrollera inköpsverksamheten på ett bra sätt. Difi har utvecklat ett särskilt verktyg riktade till ledningarna med avseende på styrning och ledarskap samt har publicerat en vägledning för anskaffningsstrategier.³¹ Difi understryker att en myndighets anskaffningsstrategi ska underbygga dess verksamhetsstrategiska målsättningar.

Att brygga över det glapp i kunskap och kompetens som finns mellan strategiska beslutsfattare och verksamhetsföreträdare å ena sidan och den personal som är ansvarig för upphandlingsverksamheten framstår som extra viktigt. Upphandlingsstödet bör få i uppdrag att utveckla särskilda informations- och utbildningsinsatser i detta syfte. Offentlig upphandling, med fokus på strategi, bör vidare ingå som ett naturligt inslag vad gäller kompetensutveckling för ledare i staten.³²

³¹ *Veileder for anskaffelsesstrategi*, Difi.

³² Möjligen hade detta varit en uppgift för Krus – Kompetensutveckling i staten. En myndighet med uppdraget att stödja och samordna myndigheternas arbete med strategisk kompetensförsörjning. Myndigheten avvecklades dock den 31 december 2012. Regeringen har den 4 oktober 2012 ändrat i regleringsbrevet för Krus för budgetåret 2012. Av ändringen framgår att Statskontoret ska överta ansvaret att bevaka behoven av kompetensutveckling i

3.4 Några centrala operativa aspekter på strategisk upphandling

I det här avsnittet diskuteras strategiskt upphandlingsarbete från ett operativt perspektiv, dvs. med utgångspunkt från själva upphandlings- och inköpsprocessen. Denna startar i regel med att den upphandlande myndigheten identifierar ett behov som innebär att vissa varor eller tjänster måste köpas in, och börjar planera hur själva anskaffningen ska gå till. Detta inbegriper bland annat att bilda sig en uppfattning om vilka varor och tjänster – samt leverantörer av dessa – som finns att tillgå på marknaden samt välja ett lämpligt upphandlingsförfarande.

Nästa steg är typiskt sett att utforma ett förfrågningsunderlag som beskriver varan eller tjänsten, vilka krav som denna och leverantören ska leva upp till, de kommersiella villkoren samt vilken tilldelningsgrund som kommer att användas för att utvärdera de inkomna anbuden. Därefter annonseras upphandlingen, inkomna anbud värderas med utgångspunkt från hur väl de uppfyller de ställda kraven. Ett kontrakt tecknas med den leverantör som lämnat det lägsta priset alternativt den som lämnat det ekonomiskt sett mest förmånliga anbudet. Därefter börjar inköps- eller beställningsprocessen, där leverantören ska börja leverera den vara eller tjänst som upphandlingen gäller, en process med en många gånger lång tidsdräkt, inte sällan fyra–fem år, ofta med möjlighet till förlängning under ytterligare ett par år.

Vart och ett av dessa steg i upphandlings- respektive inköpsprocessen kan potentiellt involvera ett stort antal olika överväganden och beslut, som av utrymmesskäl inte kan behandlas här. Utredningen har därför valt att fokusera diskussionen på ett antal frågor som under utredningsarbetets gång identifierats vara särskilt viktiga eller problematiska.³³ Dessa är:

- Hur upphandlar man kvalitet?
- Hur väljer man utvärderingsmodell så att den mest lämpliga leverantören och attraktivaste anbudet erhålls?
- Hur får man till en relevant och ändamålsenlig uppföljning av ett tecknat upphandlingskontrakt?

statsförvaltningen. Krus uppger att utbildade statsanställda i EU-frågor flyttas till Svenska institutet för europapolitiska studier, Sieps.

³³ En närmare beskrivning av problemen återfinns i delbetänkandets sammanfattning.

Det ska direkt poängteras att dessa frågor hänger ihop och därför delvis överlappar varandra. Exempelvis ökar chanserna att få den kvalitet som är beställd om leverantören vet att beställaren nog kommer att följa upp att så blir fallet. På samma sätt är det centralt att utforma en utvärderingsmodell som förmår identifiera det mest förmånliga anbudet, vilket innebär att den mest attraktiva kombinationen av kvalitet och pris erhålls.

3.4.1 Hur man upphandlar kvalitet?

Att utredningen valt att fokusera på frågan om hur man upphandlar kvalitet har flera olika skäl. För det första är en högkvalitativ vara eller tjänst i de allra flesta fall att föredra framför en motsvarande av låg kvalitet, åtminstone så länge de betingar ungefär samma pris. Det kan också vara klokt att i de allra flesta sammanhang välja en inkösprismässigt dyrare, men kvalitativt bättre produkt, om det innebär lägre kostnader över tid som mer än väl kompenserar för det högre inköspriset.

För det andra är det en allmän synpunkt som förts fram till utredningen att priset – i form av lägsta pris – hittills spelat en allt för stor roll i många upphandlingar. Intressenterna konstaterar att det ofta är svårt att definiera, ställa krav på och utvärdera kvalitet. En konsekvens är att både upphandlande myndigheter och leverantörer tenderar att beklaga sig över att ”det är bara lägsta pris som gäller” och att kvaliteten kommer i skymundan.

För det tredje har uppdagade kvalitetsproblem inom välfärdssektorn, närmare bestämt äldreomsorgen, fört kvalitetsfrågan högt upp på dagordningen i det offentliga samtalet kring välfärdssektorns organisation m.m. Bristen i kvaliteten är problematisk inte minst ur ett medborgar- och skattebetalarperspektiv. I ett rikt land som Sverige, där en hög andel av de samlade inkomsterna går till den gemensamma sektorn, är det högst rimligt att förvänta sig att de tjänster som tillhandahålls av det offentliga håller en jämn och hög kvalitet. Annars inställer sig givetvis frågan varför skatterna ska vara så höga. Ett uttryck för allvaret i frågan är de olika initiativ som den senaste tiden centrala offentliga aktörer men också näringslivet tagit för att förbättra kvaliteten i välfärdssektorn (vård, skola och omsorg) där offentlig upphandling spelar stor roll.³⁴

³⁴ SKL initierade nyligen ett större projekt *Kvalitetssäkrad välfärd* som bland annat resulterat i ett antal skrifter av vägledningskaraktär rörande uppföljning m.m. Upphandlingsstödet vid

Sist men inte minst kan det sägas hänga ihop med ett generellt konstaterande som gjordes av den s.k. Stiglitz-kommissionen i boken *Mismeasuring our lives – why GDP does not add up*.³⁵ Där påtalas att i flertalet av världens rikaste och mest utvecklade länder – en grupp till vilken Sverige tillhör – där den avancerande tjänsteproduktionen kommit att stå för en allt större del av ekonomin, så är ökad produktion snarast synonymt med ökad kvalitet på det som produceras. Enligt utredningens uppfattning fångar kommissionens konstaterande väl den utmaning som möter den offentliga sektorn i sin anskaffning av varor och tjänster i framtiden: Det handlar om att ständigt öka kvaliteten på de varor och tjänster som införskaffas, givet budgetramar som av allt att döma kommer att vara ansträngda, till följd av den demografiska utvecklingen med en åldrande befolkning men också på grund av det bekymmersamma ekonomiska läget i Europa.

Framställningen är indelad i två delar. En första allmänt hållen del, som från ett i huvudsak teoretiskt perspektiv diskuterar olika aspekter på att upphandla kvalitet. En andra del som, utifrån ett praktiskt perspektiv, fokuserar på frågan hur man kan upphandla varor och tjänster av hög kvalitet på ett kostnadseffektivt sätt.

Vad är kvalitet?

En naturlig utgångspunkt för en diskussion om hur man upphandlar kvalitet är att klargöra vad som menas med kvalitet. Som redan har påpekats är den offentliga upphandlingen mycket omfattande, såväl beloppsmässigt som avseende mängden olika varor och tjänster. En del upphandlingar rör produkter av intermediär karaktär, dvs. det är produkter som de upphandlade myndigheterna behöver för att kunna utföra sina respektive uppdrag. Exempel på dylika produkter är kontorsmateriel/utrustning, sjukvårdsprodukter av olika slag men också vapen, brandbilar, olika

Kammarkollegiet har också fram tagit en rad vägledningar som rör upphandling av vård och omsorg. Svenskt Näringsliv initierade under hösten 2011 ett program i samarbete med Almega, Vårdföretagarna och Friskolornas riksförbund för att utveckla kvalitet i välfärden. Det bör också nämnas att Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet under 2012 fokuserat på kvalitetsbegreppet och hur man upphandlar kvalitet. Bland annat har två vägledningar, rörande ersättningsformer vid upphandling av vård och omsorg och kvalitet vid upphandling i vård och omsorg, tagits fram. I den förra beskrivs bl.a. hur man genom att kombinera olika ersättningsformer ger leverantören rätt incitament för att styra mot upphandlad kvalitet.

³⁵ Stiglitz, J., Sen, A., J-P Fitoussi, *Mismeasuring Our Lives, Why GDP Does Not Add Up*, The New Press 2010.

konsulttjänster etc. Andra rör upphandlingar av varor och tjänster som ska levereras direkt till medborgarna exempelvis kollektivtrafik, sophämtning, hemtjänst och äldreomsorg, sjukvård samt hjälpmedel till funktionsnedsatta. Med så olika typer av varor och tjänster är det naturligt att kvalitetsbegreppet kan ha olika innebörd.

När det exempelvis gäller en väg kan kvalitetsmåttan vara hur stark vägen är konstruktionsmässigt respektive hur bred, slät och tyst den är. Driftsmässigt kan kvalitet handla om hur snabbt och noggrant som snö och is avlägsnas från vägbanan för att göra att vägen är säker att köra på. I äldreomsorgen handlar kvaliteten om personalens omsorg, respekt och vänlighet i bemötandet med de äldre. Den består också i hur god maten är, miljön i vilken måltiderna serveras, möjligheterna att komma ut på promenader i friska luften m.m. I kollektivtrafiken kan kvalitet gälla fordonen – hur komfortabla, tillgängliga, driftssäkra etc. de är – men också i vilken utsträckning tidtabeller hålls, trafikutbudets omfattning, information i samband med trafikstörningar m.m.

Kvalitet är således till sin karaktär ett mångfacetterat begrepp som kan definieras på en rad olika sätt. Denna omständighet gör att det inte är helt enkelt att entydigt tala om vad som avses med god kvalitet i offentlig upphandling. Principiellt är det vanligt att göra en distinktion mellan begreppen objektiv respektive subjektiv/upplevd kvalitet. Objektiv kvalitet kan exemplifieras med i vilken utsträckning kollektivtrafiken lyckas hålla sina tidtabeller. Signifikativt för denna typ av kvalitet är alltså att den objektivt går att mäta. Subjektiv kvalitet, å andra sidan, refererar som namnet antyder till aspekter på en vara eller tjänst som inte låter sig objektivt mätas men som är viktiga för mottagaren av tjänsten. Den subjektiva kvaliteten kan till exempelvis handla om hur man anser sig ha blivit bemött av personalen i hemtjänsten eller på ett äldreboende. Det spelar kanske mindre roll för en boende på ett äldreboende om personalen på ett objektivt plan utför sina sysslor enligt kravspecifikationen än om personalen agerar klumpigt eller på ett sätt som upplevs som kränkande.

En annan indelning av kvalitetsbegreppet som ofta används inom vård- och omsorgssektorn är indelningen i struktur-, process- samt resultat-kvalitet.³⁶ Strukturkvalitet handlar om de grundläggande förutsättningarna för att bedriva verksamheten såsom verk-

³⁶ SKL, *Att följa upp verksamhet, skrift i serien Kvalitetssärad välfärd*, 2012.

samhetens organisering, bemanningen (personaltäthet, personalens utbildning, kompetens, motivation etc.), lokaler, tillgång på utrustning och material. Processkvalitet handlar om hur verksamheten bedrivs eller genomförs (arbetssätt, rutiner, kontroller, uppföljning m.m.). Resultatkvalitet avser det konkreta utfallet eller resultatet av de utförda tjänsterna, t.ex. förbättrad funktionsförmåga eller livskvalitet.

I vårdsammanhang kan även en distinktion göras mellan vårdens medicinska kvalitet och kvaliteten på mötet mellan patient och vårdgivare. Den senare innehåller olika bemötande- och serviceaspekter såsom personalens empati, kvaliteten på patientinformationen m.m. Denna distinktion påminner mycket om den föregående uppdelningen i objektiv respektive subjektiv kvalitet.

På vanliga produktmarknader erbjuds typiskt sett olika kvalitetsnivåer...

För att få perspektiv på hur det offentliga kan upphandla varor och tjänster av god kvalitet kan det vara av intresse att närmare studera hur konkurrensutsatta företag på privata varu- och tjänstemarknader arbetar med kvalitet. På de flesta marknader används produktrespektive prisdiskriminering som ett sätt att öka försäljningen och lönsamheten.³⁷ Som ett konkret exempel så erbjuder de stora personbilstillverkarna i världen i allmänhet potentiella kunder att välja mellan en rad olika varianter av en och samma modell. Typiskt sett finns en relativt billig s.k. instegsmodell som är förhållandevis enkelt och basalt utrustad. Denna byggs sedan på med diverse uppgraderingar (starkare motor, mer utrustning, mer tilltalande design, exklusivare materialval etc.). Typiskt sett gäller att ju mer omfattande uppgraderingarna är, dvs. i en viss mening ju högre kvalitet – både objektiv och subjektivt – som erbjuds, desto mer kostar i regel bilen. Tillverkarna differentierar med andra ord bilarna med avseende på kvalitet och pris.

Observationen att en högkvalitativ produkt i regel kostar mer än en motsvarande av låg kvalitet reser frågan om sambandet mellan

³⁷ Dessa två begrepp kan ges lite olika innebörd. Produktdifferentiering innebär att företagen på marknaden tillhandahåller produkter som skiljer sig från varandra i olika avseende. En vanlig form av produktdifferentiering är *versioning*, vilket innebär att företag erbjuder samma produkt i flera olika varianter. Prisdifferentiering innebär enkelt uttryckt att olika konsumenter får betala olika priser för liknande produkter, beroende på t.ex. hur pris-känsliga de är.

pris och kvalitet. För att producera högkvalitativa produkter som konsumenterna värderar högt krävs i regel att mer tid och resurser, högre kompetens, dyrare material, större ansträngningar etc. läggs ner än vad som är fallet med en enklare och mindre kvalitativ produkt. Med andra ord bra kvalitet är inte gratis.

Konkurrens mellan företagen på marknaden om att få sälja sina produkter till konsumenterna kommer emellertid att leda till att efterfrågan för en given kvalitetsnivå tillgodoses till lägsta möjliga kostnad. Ett företag som inte är kostnadseffektivt kommer att få problem att överleva på sikt då det blir utkonkurrerat av mer effektiva konkurrenter. Ett signifikativt särdrag för en konkurrensutsatt marknad är därför att marknadspriserna kommer att avspegla de verkliga produktionskostnaderna – med reservation för eventuella externaliteter³⁸ – vilket i sin tur innebär att existerande pris-skillnader på marknaden till stor del avspeglar skillnader i kvalitet.

Denna marknads- och konkurrenslogik innebär också att konsumenter som är villiga och, vilket inte minst är viktigt, har förmågan att betala höga priser tenderar att erhålla högkvalitativa produkter. Omvänt gäller att konsumenter som inte vill eller kan betala höga priser får produkter av lägre kvalitet.

Detta resonemang ska inte tolkas som att det inte går att både öka kvaliteten och minska kostnaderna. Det gör det. Ibland används t.ex. inte de resurser en organisation har till sitt förfogande på ett effektivt sätt – det finns ett effektivitetsglapp i organisationen. Ett dylikt glapp är inte sällan en konsekvens av brist på konkurrens. När väl produktionen är effektiv uppstår emellertid oundvikligen en avvägning mellan kvalitet och kostnader: kvaliteten kan bara öka genom att mer tid och resurser används, vilket ökar kostnaderna.

Samtidigt är det viktigt att komma ihåg att denna avvägning i hög grad är tidsberoende, framför allt när det gäller högteknologiska varor och tjänster, där teknologiska landvinningar etc., som bekant tenderar att skapa förutsättningar att tillhandahålla mer högkvalitativa produkter till lägre kostnader. Detta gäller i viss mån alla varor och tjänster – ny teknik ger nya möjligheter. Det föreligger emellertid en viktig skillnad mellan olika produkter, kanske framför allt mellan varor och tjänster. Inom vissa branscher sker

³⁸ Med externalitet eller extern effekt som det också kallas avses bieffekter till följd av produktion eller konsumtion som drabbar omgivningen som t.ex. föroreningar till luft och vatten och som inte beaktas av producenter eller konsumenter när de fattar sina produktions- respektive konsumtionsbeslut.

mer eller mindre kontinuerligt en snabb och många gånger drastisk teknikutveckling, där nya och helt överlägsna produkter tas fram. Samtidigt sjunker priserna på produkterna, vilket innebär stora produktivetsförbättringar. Exempel på sådana branscher är tillverkning och försäljning av informations- och kommunikationsteknologiska produkter (datorer, mobiltelefoner m.m.) men också inom den avancerade sjukvården och det militära området.

Denna utveckling sker dock inte alls efter samma mönster i de flesta personalintensiva tjänstebranscher, som viss typ av undervisning, omsorg etc., där det är mycket svårare att åstadkomma betydande produktivetsförbättringar. En konsekvens av detta är att tjänster, framför allt personalintensiva sådana, tenderar att bli relativt sett dyrare över tiden. Detta fenomen brukar kallas för Baumols lag.

Sammanfattningsvis tenderar fungerande konkurrensmarknader att leda till att företagen strävar efter att ge konsumenterna de produkter och den kvalitet som efterfrågas, till priser som avspeglar vad det kostar att tillhandahålla produkterna ifråga. I kombination med stor heterogenitet i konsumenternas preferenser och betalningsförmåga innebär detta att det på en och samma produktmarknad kommer att samexistera varor och tjänster av hög respektive låg kvalitet och allt där i mellan.

I vilken utsträckning är konkurrens- och marknadslogiken tillämpbar på den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster?

I vilken utsträckning är denna marknadslogik tillämpbar på offentlig upphandling? Måste upphandlande myndigheter betala högre priser för att erhålla god kvalitet? I vilken utsträckning kan leverantörer arbeta med produkt- och prisdifferentiering? Och vad betyder svaret på dessa frågor för möjligheterna att upphandla kvalitet? För att kunna besvara frågorna är det viktigt att klargöra några omständigheter som skiljer offentliga upphandlingsmarknader från den konkurrens som äger rum på *vanliga* marknader och som beskrevs i det föregående.

Motiven för det offentliga åtagandet

En första skillnad är att de varor och tjänster som är föremål för offentlig upphandling används i den mycket komplexa, heterogena och inte minst omfattande verksamhet som den offentliga sektorn faktiskt utgör. Sverige tillhör, i likhet med våra nordiska grannländer, en kategori länder i världen som framgångsrikt lyckats kombinera ett dynamiskt och konkurrenskraftigt näringsliv med ett stort offentligt åtagande. Det som i många andra länder tillhandahålls av den privata sektorn, antingen på kommersiell grund eller på mer idéburen basis, tillhandahålls här av den offentliga sektorn. Detta omfattande offentliga åtagande förklaras av en kombination av effektivitets- och fördelningspolitiska skäl.³⁹

Effektivitetsperspektivet innebär att motivet för att den offentliga sektorn ingriper i marknadssystemet är att detta system inom vissa områden kan förväntas misslyckas med att skapa en effektiv resursanvändning. Detta är motivet till att offentlig sektor tagit på sig att tillhandahålla s.k. kollektiva varor och tjänster (försvar, polisen, rättsväsende, grundläggande infrastruktur i form av vägar, järnvägar, eldistributionsnät m.m.) som annars skulle produceras och användas i alltför liten utsträckning.⁴⁰ En annan anledning är att fria marknader och konkurrens, som många gånger är ett suveränt sätt att åstadkomma en effektiv resursanvändning, inte kan förväntas fungera lika bra när konsumenterna befinner sig i ett informationsunderläge vis-a-vis producenterna, som t.ex. i mötet mellan patient och läkare. En tredje anledning är när produktionen eller konsumtionen av en vara eller tjänst ger upphov till s.k. negativa externa effekter, exempelvis i form av miljöskadliga utsläpp. En privat oreglerad marknad kan förväntas generera alltför höga utsläpp varför staten måste gripa in på något sätt (skatter, regleringar, etc.).

Rättvise- eller jämlikhetsmotivet för samhällets åtagande handlar i stället om att åstadkomma ett annat konsumtionsmönster av vissa varor och tjänster – normalt välfärdstjänster som vård, skola och omsorg, socialförsäkringar etc. – än vad som skulle vara fallet om enbart marknaden skulle styra. I ett fritt marknadssystem tenderar en individs inkomster, och därmed konsumtionsmöjligheter, att vara relaterade till vederbörandes tillgångar och produktivitet. Det råder sedan många år en bred konsensus i Sverige om att

³⁹ Se t.ex. J. Stiglitz, *The economics of the public sector*, 2000, W.W. Norton & Company.

⁴⁰ En del av dessa faciliteter har också karaktären av s.k. naturliga monopol till följd av betydande skalfördelar i produktion, vilket är ett annat effektivitetsrelaterat motiv för ett offentligt åtagande.

utbildning, hälso- och sjukvård, omsorg av olika slag m.m. ska tillhandahållas samtliga medborgare på lika villkor.

Ett ytterligare motiv, som vare sig är effektivitets- eller jämlikhetsrelaterat, till att den offentliga sektorn griper in i det privata marknadssystemet handlar om att främja aktiviteter som anses vara bra för medborgarna och samhällets utveckling samt motverka aktiviteter som bedöms ha motsatt effekt. Ett exempel är att staten i många länder aktivt försöker förmå människor att inte använda droger medan man vill att de skaffar sig en bra utbildning m.m.

I praktiken innebär denna kombination av motiv för att den offentliga sektorn tagit på sig att finansiera och tillhandahålla vissa tjänster ett antal specifika förutsättningar. Den första är, som redan nämnts, en strävan efter likvärdighet i konsumtionsmöjligheterna: individer i snarlika situationer ska i stor utsträckning få samma service, samma behandling, ha samma möjligheter m.m. Den andra förutsättningen är att tjänsterna ska ges efter behov och inte betalningsvilja eller betalningsförmåga, vilket i stor utsträckning kommit att innebära en enhetlig, och många gånger kraftigt subventionerad, prissättning för att nyttja tjänsterna. Kopplat till offentlig upphandling innebär dessa två omständigheter att möjligheterna till produkt- och prisdifferentiering är väsentligt mer begränsade på upphandlingsmarknader beträffande framför allt varor och tjänster som vänder sig direkt till brukarna. Detta förhållande, att grundläggande marknadsmekanismer inte kan verka och fungera på samma sätt som när marknaderna är fria, är en sak hålla i minnet när man diskuterar kvalitet i offentlig upphandling. Konkret innebär det att företagen inte kan arbeta som de brukar med att kontinuerligt ta fram bättre produkter som de försöker anpassa till olika konsumentsegment med differentierade priser som ett viktigt element. Spelreglerna för de offentliga marknaderna är således väsentligt annorlunda.

Väsentligt mer regelstyrt inköpsförfarande

En andra skillnad är att det offentligas anskaffning av varor och tjänster är regelstyrd på ett helt annat sätt. Ett privat företag som vill köpa in en vara eller tjänst kan i princip vända sig direkt till en leverantör som vederbörande hört är bra och prisvärd, förklara sitt behov, ha en diskussion med leverantören hur behovet ska kunna tillgodoses, få och anta en offert, skriva kontrakt och därefter få

tjänsten levererad. Om det hela faller ut till belåtenhet för båda parter kanske relationen fördjupas, leverantören får fler uppdrag och blir kvar som leverantör i många år framöver.

Om däremot företaget är missnöjt med leverantören kan det, när kontraktet går ut, utan vidare vända sig till en annan leverantör. Därvid kan företaget helt bortse från den förste leverantörens eventuella missnöje med att inte få chansen på nytt. Självklart gör företaget klokt i att i utgångsläget tillfråga flera leverantörer för få till en bra konkurrenssituation och bästa möjliga villkor. Det finns emellertid inte något som helst krav på att alla leverantörer på marknaden ska ha möjlighet att vara med och konkurrera. En konsekvens av denna frihet att i princip helt fritt kunna bestämma från vem man ska köpa varor och tjänster är att leverantörerna förses med ett starkt incitament att göra ett bra jobb så att fler affärer görs och ryktet om deras förtjänster sprids till andra potentiella kunder, den s.k. rykteseffekten. Så fungerar i grunden den fria marknaden: goda prestationer belönas genom att befintliga affärsrelationer fördjupas och fler affärsmöjligheter öppnas upp, medan dåliga prestationer leder till motsatt resultat.

Den offentliga sektorns anskaffning är väsentligt mer regelstyrd. En upphandlande myndighet eller enhet är som bekant tvungen att iaktta upphandlingsregelverket, inklusive de grundläggande EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. Det innebär t.ex. att alla företag på marknaden, ska ges samma möjligheter att delta i upphandlingar och vinna offentliga kontrakt. Det påverkar vilka krav som får ställas. Beaktandet av dessa regler får naturligtvis konsekvenser för själva inköpsprocessen och inte minst för förutsättningarna för att upphandla kvalitet.

En upphandlande myndighet kan t.ex. inte på samma självklara sätt som ett privat företag ta kontakt med några potentiella leverantörer som man hört är prisvärda och bra att ha göra med för att beskriva sitt behov och diskutera möjliga lösningar. Myndigheten måste hela tiden vara noga med att en sådan dialog inte innebär otillåtna fördelar i en efterföljande anbudstävlan. Denna större försiktighet gör att dialogen med de potentiella leverantörerna inte blir lika djup och konkret. Framför allt vet leverantörerna att en eventuell affär ligger länge bort.

En annan konsekvens av upphandlingsregelverket är att en myndighet inte utan vidare kan förlänga ett avtal när kontraktstiden gått ut. Då ska en ny upphandling göras och i denna ska i

princip den tidigare leverantören vara likställd med alla övriga företag på marknaden. Denna omständighet försvagar drivkraften att göra ett bra jobb – rykteseffekten är med andra ord svagare på offentliga upphandlingsmarknader än på privata marknader.⁴¹ Upphandlande myndigheter uttrycker ofta irritation över detta, dvs. att inte kunna fortsätta arbeta med en leverantör som man tycker fungerar bra, utan en ny upphandling måste göras där kanske en leverantör, som senare visar sig vara sämre, tilldelas kontraktet.

Konsumenten av tjänsten är ofta någon annan än inköparen

En tredje skillnad mellan offentliga upphandlingsmarknader och privata marknader är att i den förstnämnda kategorin allt som oftast den som köper in varan eller tjänsten inte samma person som nyttjar den. Det gäller framförallt de upphandlingar som riktar sig till medborgarna. Vid upphandling av t.ex. driften av ett äldreboende så tecknas ett kontrakt mellan en kommun och ett företag, som innebär tillhandahållandet av en komplex tjänst till ett potentiellt sett stort antal enskilda individer.

Utmaningen för den upphandlande myndigheten är att i ett förfrågningsunderlag specificera denna tjänst på ett sådant sätt så att alla äldre upplever att de får ett bra boende, omsorg och liv på ålderns höst – något som kompliceras av att det är individer med många gånger markant olika behov och önskemål. Här ligger en av de svårigheter som den upphandlande myndigheten har att hantera: vad är den rätta kvalitetsnivån och hur kan de skiftande behoven tillgodoses?

En konsekvens av att leverantörerna primärt arbetar med att uppfylla de kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten lägger fast är att deras egen kundinriktade produktutveckling stannar av. Annorlunda uttryckt tenderar de att bli reaktiva i stället för proaktiva, vilket inte kännetecknar den privata marknadens funktionssätt. På en vanlig marknad lägger företag i allmänhet stora resurser på att undersöka vad kunder och potentiella kunder efterfrågar och är villiga att betala för: utbudet så att säga jagar efterfrågan. I offentlig upphandling fungerar det normalt inte så. Omständigheten att företagens i princip enda uppgift är att uppfylla de kontrakts-

⁴¹ I förslagen till reviderade upphandlingsdirektiv föreslås bestämmelser som kommer innebära att det ska bli enklare att utestänga leverantörer som inte levat upp till kontraktet. Detta kommer sannolikt medföra att rykteseffekten kommer att stärkas i offentlig upphandling, vilket är positivt ur ett kvalitetsperspektiv.

villkor som är fastlagda i förfrågningsunderlagets kravspecifikation gör att en stor del av ansvaret för att definiera och utforma tjänster som möter medborgarnas behov ligger på den upphandlande myndigheten. Denna situation har dock i viss mening förändrats genom de valfrihetssystem som skapats de senaste åren genom LOV, vilket belyses i avsnitt 4.5.

Sammanfattningsvis innebär dessa tre skillnader mellan offentliga upphandlingsmarknader och vanliga privata marknader att en del av de mekanismer, som får den sistnämnda kategorin marknader att i stor utsträckning tillhandahålla en kvalitet som kunderna är beredda att betala för, antingen är satta ur spel eller ordentligt försvagade. Detta innebär särskilda utmaningar för upphandlande myndigheter och i synnerhet dess upphandlare, något utredningen återkommer till längre fram i detta avsnitt.

Offentlig upphandling, teorin om ofullständiga kontrakt och kvalitetsundanträngningshypotesen

En upphandling resulterar i allmänhet i ett eller flera upphandlingskontrakt som reglerar den affärsrelation som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den eller de vinnande leverantörerna. Det tecknade kontraktet baseras i huvudsak på annonsen, förfrågningsunderlaget, anbudet eller anbuden samt resultatet av en eventuell förhandling. Upphandlingskontraktet ska innehålla alla de krav som ställs på den vara eller tjänst som ska tillhandahållas och på leverantören. Det säger sig därför självt att upphandlingskontraktets utformning är av central betydelse.

Det är viktigt att kontraktet är tydligt och innehåller alla relevanta krav, så att resultatet blir det beställaren tänkt sig. Kontraktet ska bland specificera kvaliteten på den vara eller tjänst som ska levereras. Mot bakgrund av kvalitetsbegreppets mångfacetterade karaktär är detta förstås ingen enkel sak. Det är t.ex. ganska okomplicerat att formulera strukturella (jämför det föregående avsnittet om olika kvalitetsdefinitioner) kvalitetskrav, såsom en minimibemanning och formella kompetenskrav. Sådana krav är också relativt enkla att följa upp. Andra kvalitetskrav är väsentligt besvärligare att både beskriva och följa upp. Bra bemötande i vård och omsorg är exempel på ett sådant krav.

Fullständiga kontra ofullständiga kontrakt

I den nationalekonomiska kontraktsteoretiska litteraturen skiljer man på fullständiga eller kompletta kontrakt och ofullständiga eller inkompletta kontrakt. Den förstnämnda kategorin är kontrakt där det går att tydligt specificera alla relevanta krav på ett sådant sätt att det i efterhand går att verifiera – i meningen bevisa i domstol – huruvida de har tillgodosetts eller inte. Den sistnämnda kategorin är kontrakt där det inte går att tydligt specificera samtliga krav eller där kraven är svåra att följa upp på ett verifierbart sätt.

Teoretiskt är skiljelinjen mellan fullständiga och ofullständiga kontrakt viktig eftersom den senare kontraktstypen öppnar upp för vad som med ekonomjargong brukar kallas för opportunt beteende. Det innebär att någon av parterna i kontraktrelationen kan agera i strid med kontraktets andemening utan att det går att bevisa ett kontraktsbrott. I en kontraktrelation som är komplett går det inte att agera opportunt utan att det straffar sig i t.ex. form av ett vite, eller en uppsägning av kontraktet. När kontraktet är ofullständigt är däremot viten m.m. inte lika verksamma eftersom det är svårare att bevisa kontraktsbrott. Det måste därför till andra mekanismer för att förhindra opportunism.

Den kontraktsteoretiska litteraturen har klargjort betydelsen av olika typer av institutionella faktorer för att hantera det potentiella opportunitetsproblemet. Relevant i den aktuella upphandlingskontexten är faktorer som påverkar parternas drivkrafter att uppfylla kontraktsvillkoren, eller mer generellt drivkrafterna att göra ett bra jobb.

Kvalitetsundanträngningshypotesen

Teorin om ofullständiga kontrakt har vid några tillfällen använts för att på ett, enligt utredningens uppfattning, intressant sätt belysa frågan vilka offentligt finansierade tjänster som är lämpliga att kontraktera ut respektive vilka som bäst produceras i den offentliga sektorns egen regi.⁴² Det visar sig att i centrum för analysen står just kvalitetskrav som är svåra att beskriva och följa upp i ett kontrakt och där det kan finnas starka drivkrafter hos leverantörerna att reducera kostnaderna.

⁴² Hart, Shleifer, och Vishny (1997), *The proper Scope of Government: Theory and with an Application to Prisons*, Quarterly Journal of Government. A. Shleifer (1998), *Private versus Public Ownership*, The Journal of Economic Perspectives, Volume 12.

Utgångspunkten för analysen är att samhället bestämt sig för att en mängd varor och tjänster ska finansieras med skattemedel och tillhandahållas på ett fördelningspolitiskt önskvärt sett. Frågan som dryftas är huruvida det är mer effektivt att låta producera dessa varor och tjänster i privat regi, dvs. kontraktera ut själva utförandet av tjänsterna till ett privat vinstdrivande företag, än att producera tjänster i offentlig regi, dvs. med offentligt anställd personal i produktionsenheter utan vinstintresse. I det förstnämnda alternativet är det underförstått att tilldelningen av kontraktet att utföra tjänsten föregås av en upphandling i konkurrens. Föga förvånande visar analysen att det förstnämnda alternativet i de allra flesta fall innebär en mer effektiv resursanvändning. Tjänsterna tillhandahålls med önskvärd kvalitet, enligt kravspecifikationen i kontraktet, till en lägre kostnad än det offentliga alternativet. Den högre kostnadseffektiviteten är både ett resultat av anbuds konkurrensen – företagen tvingas trimma sina produktionsapparater för att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud – och de starkare incitament som ett vinstdrivande företag har att hålla nere kostnaderna.

Analysen tar emellertid inte slut med detta i grunden högst förväntade och okontroversiella resultat – ett teoretiskt stöd för det som snart 20 års erfarenhet av att lägga ut viss offentlig verksamhet på entreprenad visar – att det går utmärkt att kontraktera ut produktionen av många skattefinansierade varor och tjänster till vinstdrivande företag; det blir ofta billigare och kvaliteten bibehålls eller till och med höjs. Detta understryks också av den pågående utvecklingen. En färsk rapport från Sveriges Kommuner och Landsting *Köp av verksamhet – kommuner och landsting 2006–2011* visar att svenska kommuner och landsting upphandlar allt mer verksamhet för att kunna genomföra sin verksamhet.

Det intressanta med den kontraktsteoretiska analysen är dock att den därutöver identifierar en serie omständigheter, som om de föreligger, innebär att det offentliga produktionsalternativet utan vinstintresse faktiskt är mer effektivt och därför är att föredra framför det privata vinstdrivande alternativet. Annorlunda uttryckt kan man säga, att analysen identifierar ett antal kriterier som bör vara uppfyllda för att privat utförande med vinstintresse ska vara ett det mest effektiva alternativet.⁴³ Dessa kriterier är att:

⁴³ Det är viktigt att komma ihåg att effektivitet här har innebörden kostnadseffektivitet eftersom det antas vara givet att den specificerade kvalitet uppnås.

- det ska föreligga en god konkurrens mellan potentiella leverantörer,
- kvalitet ska gå att specificera och följa upp på ett verifierbart sätt,
- konsekvenserna av en lägre kvalitet än specificerat ska vara begränsande,
- innovationer är viktiga inom det aktuella verksamhetsområdet, samt
- ryktesmekanismerna på den aktuella marknaden är verksamma.

Om däremot dessa kriterier inte föreligger – dvs. att konkurrensen på marknaden är begränsad, kvalitetskraven är svåra att beskriva och följa upp, konsekvenserna av dålig kvalitet allvarliga, t.ex. om det innebär mänskligt lidande, möjligheterna till innovationer är små samt att ryktesmekanismen är svag – visar den teoretiska analysen att offentlig produktion i egen regi kan vara att föredra.

Orsaken ligger primärt i skillnaderna i drivkrafterna att minska kostnaderna mellan de två produktionsalternativen. Ett privat vinstmaximerande företag har starkare incitament att minimera kostnaderna än en offentlig produktionsenhet utan vinstkrav. Kombinationen av ett starkt incitament att hålla nere produktionskostnaderna och svårkontrakterbara kvalitetskrav, med allvarliga konsekvenser till följd av en bristande kvalitet, leder i analysen till att strävan efter hög vinst riskerar att tränga ut den goda kvaliteten. Den välfärdsförlust som uppstår då brukarna får tjänster av bristfällig kvalitet uppvägs inte av de lägre kostnaderna, vilket innebär att en ineffektivitet uppstår – för lite resurser satsas på att hålla kvaliteten uppe. Anledningen till att offentlig egen regi i dessa sammanhang kan vara mer effektiv är paradoxalt nog att drivkrafterna att pressa ner kostnaderna är svagare. Det är inte för att egen-regiverksamheten har starkare incitament att tillhandha hög kvalitet.

Finns det empiriskt stöd för undanträngningshypotesen?

Denna ekonomiska teori, som definitivt kan sägas tillhöra huvudfåran inom den nationalekonomiska forskningen, pekar således tydligt ut situationer där man kan förvänta sig att utkontraktering av gemensamt finansierade tjänster, via ett upphandlingsförfarande där vinstdrivande företag konkurrerar om att få bli leverantör, både kan ge utmärkta resultat men också kan skapa problem. Finns det då något empiriskt stöd för denna teori? Till viss del.

Det finns vid det här laget gott om studier som visar att konkurrensutsättning av offentligt finansierade tjänster innebär att effektiviteten ökar: kostnaderna minskar utan att kvaliteten på tjänsterna för den skull blir sämre. Exempel på dylik utkontraktering är städning, sophämtning och drift och underhåll av vägar.⁴⁴ Dessa studier kan tas till intäkt för teorins första del, den som säger att när kvaliteten är relativt enkel att definiera, så är det som regel oproblematiskt att lägga ut olika verksamheter på entreprenad. De vinstdrivande företagens drivkrafter att hålla nere kostnaderna är enbart av godo då de ökar effektiviteten. Detta konstaterande ska dock inte tolkas som att utredningen anser att kvalitetsproblem inte kan uppstå vid t.ex. städupphandlingar. Det har utredningen erfarit att det ibland gör. Vidare förutsätter resonemanget att den upphandlande myndigheten regelmässigt följer upp avtalsvillkoren för att säkerställa att man fått det man beställt.

När det gäller teorins andra del, den om svårkontrakterbar kvalitet – med allvarliga konsekvenser för människor och miljö ifall kvaliteten brister – är de empiriska beläggen väsentligt mer begränsade. Det finns helt enkelt ganska lite forskning. Några exempel finns dock. Hart, Wisny och Shleifer (1997) pekar t.ex. i sin artikel på en jämförande studie mellan fängelser drivna i offentlig regi och fängelser som drevs på entreprenad av privata vinstdrivande företag.⁴⁵ Det visar sig att de privata fängelserna i genomsnitt hade 10 procent lägre kostnader per intagen, något som i huvudsak uppnåddes genom att personalen på dessa privat drivna fängelser hade lägre löner än sina kollegor på de offentliga fängelserna. Det lägre löneläget innebar i sin tur en personalstyrka med lägre kvalifikationer, kompetens m.m., dvs. en lägre strukturkvalitet. Enligt studien resulterade den lägre kvaliteten på personalen i mer våldsamma

⁴⁴ Se t.ex. Domberger, *The Contracting Organization – a strategic guide to outsourcing*, Oxford University Press.

⁴⁵ O. Hart, Shleifer, A. och E.W. Wisny, (1997), *The Proper Scope of Government. Theory and An Application to Prisons*, Quarterly Journal Of Economics, November 1997.

konfrontationer med intagna, i ett fall till och med i ett upplopp. Slutsatsen var här att de lägre kostnaderna uppnåddes till priset av kvalitetsmässigt sämre kriminalvård.

När det gäller svenska förhållanden innehåller SNS-rapporten *Konkurrensens konsekvenser, Vad händer med svensk välfärd?*, ett antal intressanta iakttagelser med bäring på den diskuterade frågan.⁴⁶ Rapporten presenterade en vetenskapligt baserad genomgång av den konkurrensutsättning inom sex centrala välfärdsområden – förskola, skola, ungdoms- och missbruksvård, arbetsmarknadspolitik, hälso- och sjukvård samt insatser för äldre och funktionshindrade – som ägt rum i Sverige de senaste 10–15 åren. Följande frågor stod i centrum för analyserna: Hur långt har konkurrensutsättningen gått inom de olika områdena? Hur stora är de geografiska skillnaderna och vad beror de på? Vilka är de privata producenterna? Tar stora och vinstdrivande företag över? Vilka effekter har privatiseringarna haft för kvalitet och effektivitet? Vilka är tendenserna och utmaningarna framöver?

Det ska påpekas att författarna av studien genomgående påpekar hur svårt det är att dra några säkra slutsatser på basis av det tillgängliga empiriska underlaget: det går att se vissa samband men det är vanskligt att säga om dessa är orsakssamband eller om det ligger andra faktorer bakom.

En första iakttagelse är att de privata vinstdrivande företagen tenderar att bedriva verksamheterna till lägre kostnader än de offentliga verksamheterna i egen-regi, som fortfarande är den helt dominerande driftsformen. Detta är i enlighet med teorin ovan: strävan efter vinst resulterar i regel i en relativt hög kostnads-effektivitet.

En andra iakttagelse är att det inte går att säga att kvaliteten påverkats negativt av de lägre kostnaderna. Det finns indikationer på att kvaliteten såväl är bättre som sämre i de privata vinstdrivande alternativen än i de offentliga verksamheterna. Det verkar således inte finnas något tydligt stöd för kvalitetsundanträngningshypotesen. En anledning till att det inte går att dra mer definitiva slutsatser är ett underskott på välgjorda utvärderingsstudier.

En tredje iakttagelse är att inom vissa områden, närmare bestämt förskoleverksamhet och sjukvård, indikerar internationella studier en tendens till att privat drift utan vinstintresse – s.k. non-profit – presterar bättre än motsvarande privat drift med vinstintresse.

⁴⁶ Studieförbundet för Näringsliv och Samhälle, *Konkurrensens konsekvenser, Vad händer med svensk välfärd?* Hartman m.fl. 2011, SNS Förlag.

Skillnaderna, i den mån de existerar, är dock små och heller inte entydiga. Författarna till dessa kapitel är också noga med att påpeka att dessa resultat inte utan vidare kan översättas till svenska förhållanden, bland annat beroende på betydande institutionella skillnader, t.ex. allmän sjukförsäkring i Sverige kontra privat sjukförsäkring i USA.

En fjärde iakttagelse, som är mer av en slutsats, är att driftsformens betydelse för utfallet inte ska överdrivas. Det är sannolikt andra faktorer än huruvida en verksamhet drivs av en offentlig produktionsenhet, ett privat icke-vinstdrivande företag eller ett privat vinstdrivande företag som är viktigare i sammanhanget, som t.ex. att skapa korrekta driftkrafter för att tillhandahålla en god kvalitet, såsom ersättningsformer, möjlighet till förnyat avtal samt uppföljning.

Socialstyrelsen kommer till en liknande slutsats i sin nyligen avslutade jämförande kvalitetsstudie av äldreomsorg i offentlig kontra privat regi.⁴⁷ Socialstyrelsen har haft regeringens uppdrag att undersöka om det finns skillnader i vården och omsorgen om äldre beroende på om verksamheten drivs i enskild eller kommunal regi. Enligt rapporten verkar kommunala utförare vara något bättre i fråga om så kallade strukturmått, som speglar vilka förutsättningar verksamheterna har att ge en god vård och omsorg om äldre. Hit räknas till exempel personaltäthet, utbildning och boendestandard.

Å andra sidan tycks enskilda utförare vara något bättre när det gäller så kallade processmått, som visar det arbete som utförs i verksamheterna. Det kan handla om att göra riskbedömningar för att förebygga trycksår hos äldre eller möjligheten för äldre att få välja mellan två maträtter.

Således är det, menar Socialstyrelsen, svårt att dra några säkra och entydiga slutsatser. De kvalitetsskillnader som framträder är små när enskilda utförare, som är vinstdrivande, jämförs med dem som är icke-vinstdrivande. Däremot tycks det finnas ett samband mellan storleken på ett boende och hur nöjda de äldre är. Mindre enheter har fler nöjda äldre och anhöriga än större enheter, oavsett om de bedrivs i enskild eller kommunal regi. För att kunna dra några säkra slutsatser behövs, enligt Socialstyrelsen, fördjupande undersökningar.

Sammanfattningsvis visar den kontraktsteoretiska analysen på ett antal faktorer som är av betydelse när man upphandlar kvalitet.

⁴⁷ Socialstyrelsen, *Kommunal eller enskild regi, spelar det någon roll? – en jämförelse av kvalitet i vård och omsorg av äldre* 2012.

Specifikt pekar analysen på betydelsen av uppföljningsbara kvalitetskrav: ju lättare det är att formulera uppföljningsbara kvalitetskrav desto mindre är risken att de starka drivkrafterna, att hålla nere produktionskostnaderna, går ut över kvaliteten och vice versa.

Två goda exempel på hur man kan upphandla kvalitet

Utredningen har studerat ett antal exempel på upphandling av högkvalitativa välfärdstjänster. Två fallstudier förtjänar att särskilt lyftas fram – dels Stockholms läns landstings nyligen avslutade upphandling av akutsjukvård vid S:t Görans sjukhus, dels Västra-trafikens upphandling av kollektivtrafik. Båda dessa modeller kännetecknas av de utnyttjat nya modeller för kvalitetsutvärdering. Dessa upphandlingar av samhällsvitala tjänster är framträdande exempel på hur kvalitet upphandlats på ett intressant, innovativt, rationellt och kompetent sätt.

Upphandling av högkvalitativ akutsjukvård S:t Görans sjukhus

Driften av S:t Görans akutsjukhus i Stockholm, som ägs av Stockholms läns landsting (SLL), har sedan slutet av 1990-talet drivits på entreprenad av det privata vårdföretaget Capio. När det befintliga vårdavtalet var på väg att gå ut gjorde landstinget en utvärdering av de framtida driftsalternativen. Utvärderingen resulterade i ett beslut om att även fortsättningsvis driva akutsjukvården på entreprenad.

Föremålet för denna upphandling var drift av specialiserad akutsjukvård vid S:t Görans sjukhus perioden 1 januari 2013 till 4 januari 2022, med möjlighet till förlängning fyra år. Upphandlingen avsåg en omfattande, högspecialiserad och mycket viktigt verksamhet – akutsjukvård är definitionsmässigt en verksamhet som handlar om liv och död. År 2011 uppgick produktionen av vård vid sjukhuset till cirka 26 000 slutenvårdstillfällen, varav 86 procent var av akut karaktär, och cirka 149 000 öppenvårds-kontakter, varav 31 procent akuta. Enligt SLL:s kontinuerliga kvalitetsmätningar, där Stockholmssjukhusen jämförs med varandra i ett antal olika aspekter avseende vårdens kvalitet, håller den vård som ges vid S:t Görans hög kvalitet. Sjukhuset har under ett flertal år legat i topp vid dessa kvalitetsmätningar. Även beloppsmässigt är verksamheten omfattande. Under 2011 fick Capio cirka 1,3 miljarder

kronor i ersättning för att driva akutsjukvården vid S:t Görans sjukhus.

Landstingets mål med den nya upphandlingen var att skapa förutsättningar för en säker och tillgänglig akutsjukvård vid S:t Görans sjukhus, präglad av hög kvalitet och kostnadseffektivitet. De kvalitetskrav som sattes upp i förfrågningsunderlaget som en anbudsgivare måste uppfylla för att överhuvudtaget gå vidare till en utvärdering, är desamma som landstinget ställer på de egna akutsjukhusen i länet⁴⁸. Dessa krav utgår i sin tur från bland annat det s.k. Vårdavtalet rörande akutsjukvården och Socialstyrelsens vårdledningssystem God Vård, som är ett samlingsnamn för vägledande mål och indikatorer som gäller inom all svensk sjukvård. Upphandlingen karaktäriserades således av höga kvalitativa krav, vilket borgade för att vården skulle vara av god kvalitet oavsett vem som vann upphandlingen.

Nu nöjde sig landstinget inte med detta. I syfte att åstadkomma en ännu högre vårdkvalitet valde man att lyfta fram följande tre specifika kvalitetsmål:

- att minimera vårdskador,
- att alla patienter inom rimlig tid ges den akuta vård de är beroende av, samt
- att vård som inte kräver akutsjukhus-kompetens förs över till vårdgivare utanför sjukhuset.

Av förfrågningsunderlaget framgick att anbudsgivarna var tvungna att beskriva hur de avsåg att arbeta för att nå de uppsatta kvalitetsmålen. Detta gjordes i tre s.k. kvalitetsredogörelser. En given utgångspunkt var att de beskrivna lösningarna skulle vara förenliga med för hälso- och sjukvården relevanta lagar, föreskrifter, riktlinjer och förordningar.

Kvalitetsredogörelserna skulle ligga till grund för landstingets utvärdering av anbudsgivarnas anbud med avseende på tilldelningskriteriet kvalitet. Men de skulle också ligga till grund för en årlig uppföljning av kvaliteten på den upphandlade vården avseende de tre prioriterade målen. Bedömningen gjordes av särskilt sammanstatta expertgrupper, olika för respektive mål.

⁴⁸ Karolinska sjukhuset, Danderyds sjukhus m.fl. drivs i landstingets egen regi.

I förfrågningsunderlaget framgick att kvalitetsredogörelserna skulle poängsättas enligt en fyrgradig skala⁴⁹. Till varje kvalitetsnivå för respektive mål hade beställaren kopplat ett monetärt belopp som användes i anbudsutvärderingen för att väga samman pris och kvalitet. En anbudsgivare, som bedömdes ha utmärkta lösningar för att nå de tre kvalitetsmålen, kunde få sitt anbudspris reducerat med totalt 120 miljoner kronor, medan en anbudsgivare vars beskrivna lösningar enbart bedömdes som godtagbara inte fick någon prisreduktion överhuvudtaget. Anbud med kvalitetsbedömningar mellan dessa båda ytterlighetsvärden erhöll prisavdrag i intervallet 0–120 miljoner kronor.

Anbudspriserna avspeglade den ersättning som anbudsgivarna krävde för att utföra den efterfrågade vården i enlighet med ställda krav och de egna kvalitetslösningarna. I grova drag kan man säga att den prismodell som användes innebär ett fastprisavtal, givet en förutbestämd vårdvolym. Beroende på faktisk vårdvolym så justeras sedan ersättningen. Den fasta ersättningen innehåller därtill en kvalitetsberoende del och en miljörelaterad del. För att få begärd ersättning måste anbudsgivarna leva upp till vissa grundläggande kvalitetskrav och miljökrav. Görs inte detta reduceras den utbetalda ersättningen enligt ett förutbestämt schema. Den kvalitetsrelaterade ersättningen baseras på kvalitetsindikatorer enligt det tidigare nämnda vårdledningssystemet God Vård. Här jämförs den antagna vårdgivarens prestationer och resultat med andra akutsjukhus. För att få full ersättning är vårdgivaren i princip tvungen att uppvisa bättre resultat än jämförelsesjukhusen. Beroende på utfall kan den begärda ersättningen reduceras med upp till 2,5 procent, vilket på årsbasis kan handla om drygt 30 miljoner kronor. Motsvarande prisavdrag för den miljörelaterade delen är 0,5 procent. Vidare är den fasta ersättningen indexerad med för verksamheten etablerade pris- och kostnadsindex. I likhet med landstingens övriga sjukhus erhålls emellertid inte full kostnadskompensation, utan den uppräknade ersättningen reduceras med motsvarande två procent för att stimulera vårdgivarna att effektivisera sin verksamhet.

Upphandlingen resulterade i att Capio, dvs. den befintliga vårdgivaren, efter noggrann anbudsutvärdering i mars 2012 tilldelades uppdraget att driva sjukhuset den närmaste nioårsperioden. Ytterligare en vårdgivare, Aleris, lämnade in ett anbud som utvärderades.

⁴⁹ Omdömena gav följande poäng: utmärkt=4 poäng, mycket bra=3 poäng, bra=2 poäng samt godtagbart=1 poäng. Bedömningen godtagbart motsvarade i princip kvalitetsnivån som återspeglades i de ställda kraven.

Capios anbudspris uppgick till 1,263 miljarder kronor, som årligt ersättningskrav för en given vårdvolym. Företagets kvalitetsredogörelser bedömdes genomgående vara utmärkta eller mycket bra, vilket innebar att anbudspriset kunde reduceras med nära maximala 114 miljoner kronor, till 1,149 miljarder kronor. Motsvarande anbudspris och monetära kvalitetsbedömning för konkurrenten Aleris var 1,354 miljarder kronor respektive 0 kronor. Sammantaget innebar detta att Capios anbud var bättre både vad gäller pris – en skillnad på 91 miljoner kronor till Capios fördel – och bedömd kvalitetslösning – en skillnad motsvarande 114 miljoner kronor. Utfallet av anbudsutvärderingen innebar de facto att skillnaden i kvalitet var mer avgörande än skillnaden i pris.

Enligt utredningens uppfattning är upphandlingen av akut-sjukvården vid S:t Görans sjukhus ett bra exempel på en strategisk upphandling av en komplicerad produkt, där kvalitet stått i förgrunden. Beställaren har satt upp höga kvalitetskrav som borgar för hög vårdkvalitet, i princip oavsett vilket anbud som vinner. De höga kvalitetskraven accentuerats både genom det generella upp-lägget och prioriteringen av tre ytterligare kvalitetsmål. Syftet med dessa mål, som utredningen förstått det, har varit att stimulera anbudsgivarna att ta fram innovativa lösningar för att uppnå en högkvalitativ akutsjukvård. Upphandlingen är därför i denna mening ett intressant exempel på en s.k. funktionsupphandling.

En konsekvens av att anbudsgivarna i detalj fick beskriva hur den verksamhet man avser att bedriva leder till måluppfyllnad, vilka de framgångskritiska faktorerna är, samt hur man avser att utveckla den för att nå de uppställda kvalitetsmålen över tid är, som utredningens förstått saken, att beställaren erhöll en mycket god bild av kvaliteten på anbudsgivarnas respektive verksamheter. Kombinationen av tydliga kvalitetskriterier kopplade till monetära belopp, samt en ersättningskonstruktion där ett potentiellt betydande vite kopplas till hur vårdgivaren presterar relativt andra vårdgivare var innovativt och en garanti för att kvalitet under kontraktstiden.

Konstruktionen utgör också ett bra exempel på betydelsen av uppföljning. Av förfrågningsunderlaget framgick att beställaren avsåg att följa upp verksamheten på flera olika sätt. Dels genom månatliga uppföljningar av den producerade vården. Dels genom oplanerade stickprovsundersökningar. Slutligen genom en årlig uppföljning av hur vårdgivaren lever upp till de lämnade kvalitetsredogörelserna. Genomgående är uppföljningen kopplad till en möjlighet att utdöma viten: upprätthålls inte den utlovande höga

kvaliteten utgår viten som minskar ersättningen. I händelse av grova överträdelser av överenskomna krav kan det till och med bli fråga om uppsägning av kontraktet.

I flera avseenden illustrerar upphandlingen av S:t Görans sjukhus offentlig upphandling när den är som bäst. Kvalitetskraven är högt ställda för denna komplicerade och högspecialiserade verksamhet. Anbudsgivarna ombeds i ett funktionsupphandlingsliknande anbuds-förfarande presentera innovativa lösningar på hur man vill nå de prioriterade kvalitetsmålen. De bästa lösningarna premieras monetärt i anbudsutvärderingen. En bevisligen högpresterande utförare vinner upphandlingen och förbinder sig att under avtalstiden bedriva en verksamhet av högsta klass. Att så verkligen blir fallet kommer att kontinuerligt följas upp under avtalstiden. Uppdagade brister eller andra avvikelser från det ingångna avtalet kan rendera betydande viten som avsevärt minskar utförarens ersättning.

Den vinnande utföraren gör i början av avtalsperioden bedömningen att den fasta ersättningen inte mer än precis kommer att täcka kostnaderna för att leverera den högkvalitativa tjänsten. Över tid, när utföraren via moderna metoder för verksamhetsutveckling och med hjälp ny teknik, blir mer kostnadseffektiv görs bedömningen att den höga kvaliteten kan levereras till en lägre kostnad, dvs. lönsamhet uppstår. En av flera drivkrafter i denna process är ett internt krav i företaget på en viss vinstnivå. En annan viktig drivkraft är den option på förlängning av avtalet som beställaren kan begagna sig av om verksamheten fungerar som det är tänkt.

Nästa gång verksamheten ska upphandlas kan den upphandlande myndigheten med stor sannolikhet upphandla den högkvalitativa verksamheten till ett väsentligt lägre pris än vid den första upphandlingen. Detta förutsätter givetvis att det då finns kvalificerade anbudsgivare, vilket inte är givet, men inte alls osannolikt. Det är, enligt utredningens uppfattning, efter dessa principer offentlig upphandling bör bedrivas om Sverige de kommande decennierna ska ha en möjlighet att både höja kvaliteten på de varor och tjänster som den erbjuder medborgarna och samtidigt hålla kostnaderna under kontroll.

Det man skulle kunnat önska sig är att fler företag lämnat anbud. Två företag är onekligen ett minimiantal i konkurrenshänseende. Å andra sidan visar modern ekonomisk marknads- och konkurrens-teori att under vissa förutsättningar är två företag tillräckligt för skapa en bra konkurrenssituation. En av dessa förutsättningar är att

föremålet för konkurrensen upplevs som mycket värdefullt.⁵⁰ Vidare kan det noteras att upphandlingen involverade höga transaktionskostnader, dvs. kostnader för att genomföra upphandlingen. Dessa var, som utredningen har förstått saken, betingade av det betydande arbete som lades ner på att utforma ett konkurrensneutralt förfrågningsunderlag – den befintliga vårdgivaren Capiro skulle inte ha någon fördel i upphandlingen. En annan viktig faktor var att beställaren var mån om att upphandlingen inte skulle överprövas

Upphandling av kollektivtrafik i Västra Götaland med en ny och spännande kvalitetsutvärderingsmodell

Västtrafik AB är ansvarig huvudman för kollektivtrafiken i Västra Götalandsregionen och har till uppgift att fungera som beställarorganisation för den kollektivtrafik (resor med buss, tåg, spårvagn, bil och båt) som bedrivs i regionen. All denna trafik handlas sedan många år upp i konkurrens och körs på entreprenad. Västtrafik genomförde under 2012 två stora upphandlingar där en ny modell för att utvärdera och följa upp kvalitet prövades. Modellen i fråga är en förenklad variant av Institutets för Kvalitetsutveckling (SIQ) modell för kundorienterad verksamhetsutveckling, som under närmare 20 år använts av ett stort antal organisationer för att på ett systematiskt sätt kunna arbeta med verksamhetsutveckling ur ett kund-, medarbetar- och processperspektiv. I det följande beskrivs huvuddragen i en av dessa upphandlingar, närmare bestämt upphandlingen av stadstrafik inom och mellan Trollhättan och Vänersborg.

Det övergripande målet för Västtrafik är att kollektivtrafikens marknadsandel och antalet resenärer ska öka, ett mål som gällt ganska länge. Det har dock visat sig vara svårt att få till en optimal upphandlings- och avtalskonstruktion, där trafikoperatörerna blir tillräckligt motiverade att arbeta mot denna målbild. Detta var anledningen till att Västtrafik i dessa två upphandlingar bestämde sig för att pröva en del nya grepp.

För det första överläts en del av ansvaret för utformningen av trafikutbudet, framför allt tidtabellsmässigt, till trafikutövaren. I stället för att i detalj bestämma tidtabeller och rutter angav Västtrafik en övergripande ram för det trafikutbud som uppdraget avsåg. Tanken var att operatören, som dagligdags kör trafiken och

⁵⁰ Se t.ex. Besanko m.fl., *Economics of Strategy*, 2004.

möter resenärerna, skulle ges visst inflytande över trafikplaneringen. Upphandlingen fick därmed ett inslag av funktionsupphandling, där beställaren anger det mål eller funktion som ska uppnås och överlåter till leverantören att, inom givna ramar, bestämma hur verksamheten ska bedrivas för att målet ska uppnås.

För det andra kopplades explicit en del av trafikutövarens ersättning direkt till antalet resenärer: ju fler resenärer desto högre ersättning och vice versa. Mer precist, under en inkörningsperiod på ett par år av den nioåriga avtalsperioden är ersättningen i huvudsak fast. Därefter ändras ersättningsmodellen till en fast del, motsvarande 70 procent av föregående års fasta årliga ersättning, och en rörlig del som är relaterad till hur många som väljer att resa kollektivt. Denna ersättningskonstruktion skapar ett tydligt incitament för trafikutövaren att öka antalet resenärer. Ytterligare incitament i samma riktning – att få nöjda resenärer – skapades genom att en bonus kunde utgå om resultaten i en årlig kundnöjdhetsmätning föll väl ut. Vidare finns det tydliga viten kopplade till om inte krav som ställts i kontraktet inte möts.

För det tredje användes, som redan nämns, en ny modell, SIQ-modellen, för att utvärdera anbudens kvalitet. Modellen ifråga användes för att bedöma det kvalitetsarbete som anbudsgivarna offererade utifrån följande aspekter: systematik, struktur, kultur. Den förstnämnda aspekten rör hur anbudsgivarens verksamhet fungerar, dvs. hur man producerar de varor och tjänster som offereras i anbudet. Den andra aspekten, struktur, rörde faktorerna organisation och ledning, medarbetare, etablering inför trafikstart, fordonsförsörjning och trafiksäkerhet samt kundperspektivet. Den tredje aspekten rörde företagets grundläggande värderingar.

Anbudsgivarna ombads att svara på ett antal frågor rörande dessa tre aspekter. Svaren låg sedan till grund för Västtrafiks bedömning av hur väl anbudet svarade upp mot en önskvärd kvalitetsnivå. En intressant aspekt på modellen är att den inte enbart var tänkt att ligga till grund för anbudsutvärderingen utan också användas i en årlig uppföljning av trafikutövarens kvalitetsarbete under avtals-tiden. Där kontrolleras på ett systematiskt sätt att trafikutövaren lever upp till den kvalitetsnivå som presenteras i upphandlingen.

I likhet med upphandlingen av akutsjukvården vid S:t Görans sjukhus användes utvärderingsgrunden *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* där pris och kvalitet var tilldelningskriterierna. Även här använde sig beställaren av förutbestämda monetära värderingar för att bedöma anbudsgivarnas kvalitetsnivå. Till grund för dessa

bedömningar låg anbudsgivarnas svar rörande de tre kvalitetsaspekterna. En skillnad mot S:t Görans-upphandlingen var att de monetära kvalitetsvärderingarna användes för att höja anbudsgivarnas anbudspris. Skillnaden mellan att ha bedömts ha en utmärkt kvalitet, vilket var liktydigt med att inte ha någon kvalitetsbrist överhuvudtaget och endast godtagbar kvalitet, var värt 75 miljoner kronor vid anbudsutvärderingen.

Trafikföretaget Nobina vann den aktuella upphandlingen med ett anbud som både prismässigt och kvalitetsmässigt var bättre än de tre konkurrenternas.

Enligt utredningens uppfattning är även denna upphandling väl genomförd och intressant ur ett kvalitetsperspektiv. Det kanske mest intressanta är användningen av ett verktyg för systematisk verksamhetsutveckling, den förenklade SIQ-modellen, för att utvärdera anbuden ur en kvalitativ synvinkel. Detta är såvitt utredningen kan bedöma ett nytt grepp i svensk offentlig upphandling, som kan möjliggöra mer djupgående och systematiska kvalitetsbedömningar i anbudsutvärderingen. Minst lika intressant är användningen av modellen i den systematiska uppföljningen under avtals-tiden.

Vidare är upphandlingen intressant för att den i så stor utsträckning gör leverantören, dvs. trafikutövaren, delaktig och motiverad att arbeta mot beställarens mål. Det handlar både om operatörens rätt att detaljplanera den trafik som ska utföras men också att ersättningen tydligt och signifikant kopplas till trafikens utveckling. I likhet med S:t Görans-upphandlingen innehåller avtalet betydande viten för den händelse att trafikutövaren inte lever upp till ställda krav på fordonsparken men också i förhållande till den egna kvalitetsutfästelsen.

3.4.2 Utredningens slutsatser och förslag

Utredningens bedömning:

Betydelsen av att ställa genomtänkta kvalitetskrav kan inte nog understrykas.

Det är önskvärt att i anbudsutvärderingen premiera kvalitetshöjande åtgärder som går utöver ställda krav.

Det måste finnas drivkrafter för leverantörerna att leverera den önskvärda kvaliteten.

För att säkerställa kvaliteten är det av avgörande betydelse att ställda krav och andra utfästelser kontinuerligt följs upp.

Betydelsen av att ställa genomtänkta krav på kvalitet kan inte nog understrykas

För att upphandla god kvalitet är den förmodligen enskilt viktigaste åtgärden att ställa genomtänkta och gärna höga obligatoriska kvalitetskrav i förfrågningsunderlaget. Dessa kan med fördel vara av funktionell karaktär, så att leverantörernas kompetens och kreativitet kan komma till uttryck i genomförandet av uppdraget. Om höga krav ställs på den produkt som ska tillhandahållas – och avsteg från den avtalade kvaliteten resulterar i kännbara viten – talar mycket för att kvaliteten på det som levereras kommer att vara hög.

När det gäller själva kravställandet finns det enligt utredningens uppfattning brister hos många upphandlande myndigheter och enheter. Detta är sannolikt en bidragande orsak till den utbredda uppfattningen att det många gånger bara är lägsta pris som gäller. Man är för dålig på att beskriva vad det är man vill köpa och ställer för låga kvalitetskrav. Detta kan förklaras delvis av att det finns en tveksamhet att ställa höga krav eftersom man fruktar att upphandlingen kommer att bli kostsam och spräcka den budget som anslagits för ändamålet. En annan aspekt som ofta framhålls är den rädsla som finns hos många upphandlare att upphandlingar med sikte på kvalitet oftare överklagas. Vidare saknas på många håll kunskap och erfarenhet om den typ av kvalitetsmodeller som använts vid upphandlingarna av S:t Görans Sjukhus och Västtrafik. Slutligen brister uppföljningen av ställda krav påfallande ofta.

När det gäller den förstnämnda punkten finner utredningen det värt att understryka det samband som finns mellan att ställa höga kvalitetskrav och kostnaderna för produktens tillhandahållande:

kvalitet är inte gratis, såvida inte verksamheten som konkurrensutsätts bedrivs på ett ineffektivt sätt. Utmaningen här är att hitta upphandlingsformer som ger utrymme och stimulans till anbudsgivarna att tillgodose kraven till lägsta möjliga kostnad.

Önskvärt att i anbudsutvärderingen premiera kvalitetshöjande lösningar som går utöver ställda krav

Genom att ställa höga obligatoriska kvalitetskrav på den produkt som är föremål för upphandling kan den upphandlande myndigheten säkerställa en tillfredställande kvalitetsnivå – det krävs förstås att kraven följs upp. Den upphandlande myndigheten gör klokt att i förfrågningsunderlaget stimulera anbudsgivarna att åstadkomma lösningar, där kostnadseffektiviteten steg för steg kan höjas, genom att i utvärderingen premiera detta monetärt, som i fallet med akut-sjukvården vid S:t Görans sjukhus respektive stads- och express-trafiken i Västra Götaland. Det är en stor fördel om de valda kvalitetslösningarna kan ligga till grund för en kontinuerlig uppföljning under avtalstiden. Härigenom kan anbudsgivare förmås att tillhandahålla en högre kvalitet än den som efterfrågats utan att det nödvändigtvis blir dyrare.

Det måste finnas drivkrafter för leverantörerna att tillhandahålla den önskvärda kvaliteten

Att genom högt ställda krav på den vara eller tjänst som ska utföras klargöra för leverantörerna vad det som förväntas är A och O. Leverantörerna måste därtill förse med incitament att göra ett bra jobb, att leverera den önskvärda kvaliteten. Detta kan åstadkommas på olika sätt, beroende på upphandlingens förutsättningar.

När kvalitetskraven är av den karaktären att de tydligt kan specificeras och följas upp fungerar i regel *piskor*, dvs. någon form bestraffning, väl. Som framgick av det föregående avsnittet användes viten för att se till att utförarna levde upp till de angivna kvalitetslösningarna.

Faktum är att viten ofta är mer verkningsfulla än bonusar. Det har att göra med en psykologisk effekt som går under namnet *loss aversion* (förlustaversion), som innebär att människor tycker mer illa om att bli av med någonting, t.ex. ett visst belopp, än att få

något, ett visst belopp av samma storlek.⁵¹ Detta gör att de är beredda att anstränga sig mer för att undvika ett vite än de är för att få bonus. Samtidigt är viten inte oproblematiska att använda. För att de ska vara verkningsfulla måste de i regel vara ekonomiskt kännbara. Detta medför att en leverantör som lämnat ett anbud, som i stort sett bara täcker produktionskostnaderna, direkt kan hamna i ekonomiska problem om ett vite utdöms. Särskilt för ett litet företag kan denna risk vara betydande. Det kan därmed innebära en snedvriden selektion av företag som lämnar anbud i riktning mot större företag. Att hantera denna problematik är en viktig komponent i avtalsutformningen.

Piskan är mindre verkningsfull vid kvalitetsaspekter som är svåra att beskriva och följa upp. Nyttjandet av påföljder i kontraktet kräver nämligen att ställda krav bevisligen inte är uppfylla. Vid denna typ av kvalitetskrav behövs i stället drivkrafter av morotskaraktär. Dessa kan med fördel delas in i ekonomiska drivkrafter respektive icke-ekonomiska drivkrafter.

Ett exempel är s.k. kontraktsförlängningsoptioner. Det är vanligt att upphandlande myndigheter eller enheter utformar avtal som kan förlängas, en eller två gånger, i den händelse man är nöjd med hur den kontrakterade leverantören sköter uppdraget. Givet att leverantören bakom det vinnande anbudet är intresserad av att få avtalet förlängt skapas genom dylika förlängningsoptioner ett incitament att utföra uppdraget på ett bra sätt. Här krävs inte på samma sätt som vid viten objektiva *bevis* på att hur kvaliteten utvecklats. Transaktionen närmar sig på det här viset den privata marknadens sätt att fungera, vilket möjliggör en större affärs-mässighet. Ett annat exempel är bonusar kopplade till brukarundersökningar, som till sin karaktär är subjektiva.

Ekonomiska drivkrafter i all ära men de är varken tillräckliga eller allena rådande. Den ekonomiska forskningen har på senare tid alltmer kommit att betona betydelsen av även andra, icke-ekonomiska drivkrafter.⁵² Dessa kan sammanfattas i drivkrafter av moralisk eller etisk karaktär respektive drivkrafter som har att göra med att individer upplever sig arbeta med något som är viktigt och intressant. Den förstnämnda typen av drivkrafter innebär att människor i viss

⁵¹ Se. tex. R. H. Thaler och C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Penguin 2010.

⁵² För två populära framställningar se G.A. Akerlof and R. E. Kranton, *Identity Economics: How Our Identities Shapes Work, Wellbeing and Wages*, Princeton University Press 2010 och S. Levitt och J. Dubner, *Freakonomics: a rough economist explain the hidden side of everything*, 2005.

utsträckning drivs av att göra saker och ting som är *rätt* och undviker att göra sådant som de upplever är *fel*. Vad som är särskilt intressant att notera är att det verkar finnas ett samband mellan denna typ av moraliska incitament och rent ekonomiska incitament: de senare kan tränga undan de förstnämnda. Detta är enligt utredningens bedömning viktigt att beakta för de upphandlande myndigheterna eller enheterna. Det är svårt att utforma ekonomiska incitament så att de blir verkningsfulla och inte kontra-produktiva.

Den andra typen av drivkrafter innebär att människor drivs av att arbeta med något som de upplever vara viktigt och intressant. Exempel på detta är arbete inom den ideella sektorn, där många människor tenderar att arbeta både hårt och länge, ibland utan ekonomisk ersättning. Ett annat exempel är den akademiska världen där många forskare arbetar väldigt hårt och hängivet till en relativt låg och dessutom fast lön.

Genom att explicit peka på denna typ av icke-ekonomiska drivkrafter vill utredningen lyfta fram ett par omständigheter. Den första är betydelsen av leverantörernas värderingar och professionalism. Seriösa och professionella företag, vare sig de drivs i vinstsyfte eller inte, tenderar att konsekvent arbeta med sin s.k. värdegrund. De inser att den är ett måste för framgång på lång sikt. De är inte enbart, eller kanske inte ens primärt, verksamma i en viss bransch för att tjäna pengar utan för att de tycker att verksamheten är angelägen och intressant att arbeta i. De upphandlande myndigheterna eller enheterna, bör när kvalitetsaspekterna viktiga, som en del i anbudsutvärderingen förmå anbudsgivare att visa hur de avser att arbeta med dessa mjuka värden för att leverera den efterfrågade tjänsten.

Utredningen vill också peka på den roll som idéburna företag kan spela. Dessa företag eller organisationer kännetecknas och drivs framför allt av icke-ekonomiska incitament och kan därför spela en viktig roll i vissa verksamheter där kvalitet är viktigt men svårt att åstadkomma enbart via ekonomiska incitament.

Båda dessa faktorer pekar på att allting inte står och faller med vare sig ekonomiska incitament eller uppföljning. I den allmänna debatten om kvalitet i upphandlade verksamheter kan man ibland få intrycket att det enbart handlar om få till stånd kvalitetskrav och uppföljning. Så är det till en viss del. Ekonomiska drivkrafter och uppföljning av ställda krav är otvivelaktigt viktiga i sammanhanget. Utredningen vill samtidigt understryka att leverantörerna har ett

ansvar att leva upp till de krav som ställs, alldeles oavsett om dessa följs upp eller inte. Seriösa, professionella och kompetenta företag med sunda värderingar och etablerade kvalitetsnormer kan förväntas göra detta medan mindre kompetenta eller mindre seriösa företag kommer att försöka ta genvägar och tumma på kvaliteten. Enligt utredningens bedömning måste ambitionen från det offentliga vara att den senare kategorin inte ska antas som leverantörer, framför allt inte när det gäller viktiga välfärdstjänster. Den innebär också att leverantörer med kvalitetsproblem har ett viktigt värdegrundskapande och kvalitetsnormerande arbete att göra internt för att bli bättre leverantörer åt offentlig sektor. Det samma gäller för övrigt produktionsenheter inom den offentliga sektorn som har påvisats utföra välfärdstjänster med bristfällig kvalitet.

Den viktiga uppföljningen

I en diskussion kring hur man upphandlar kvalitet är ett återkommande tema betydelsen av att ställda krav följs upp. Det påtalas också ofta att uppföljning sker i för liten omfattning. Att få till stånd en bättre uppföljning är därför helt centralt. Utredningen har gjort bedömningen att frågan är helt avgörande för den offentliga upphandlingen på sikt, och behandlar därför uppföljningen i ett särskilt avsnitt, se avsnitt 3.4.

Förslag om produktkategoristöd

Utredningens förslag:

Vid det samordnade upphandlingsstödet inrättas ett produktkategoristöd. Information/vägledning lämnas, i förhållande till specifika produktgrupper, om bl.a. metoder för marknadsanalys, hur kvalitetskrav och tilldelningskriterier, miljökriterier och sociala kriterier kan utformas samt hur icke-vinstsyftande organisationer och mindre företags deltagande kan underlättas. Kategoristödet bör också, för de specifika produktgrupperna, tillhandahålla vägledning om funktionsupphandlingar, anbudsutvärderingsmodeller, utformning av kontrakt, metoder för uppföljning och utvärdering m.m.

Att åstadkomma en förbättring av kvaliteten på de varor och tjänster som den offentliga sektorn anskaffar inbegriper som framgått, en rad olika faktorer. Det finns, menar utredningen, en föreställning att det mest primära i sammanhanget är att kunna upphandlingslagstiftningen, något som kan uttryckas som att man bara regelverket så kommer med automatik upphandlingen att resultera i en kostnadseffektiv och högkvalitativ anskaffning. Utredningen hoppas att föregående genomgång har klargjort att denna uppfattning är felaktig. Det är självklart centralt att behärska lagstiftningen och förstå dess underliggande syfte. Enligt utredningens bedömning är det dock, för att åstadkomma goda affärer, långt viktigare att de upphandlande myndigheterna och enheterna har tillräcklig affärsmässig kompetens. Det innebär först och främst att man har goda kunskaper om de produkter som ska införskaffas och hur leverantörsmarknaderna för dessa produkter fungerar. Först då kan förfrågningsunderlagen utformas på ett sådant sätt att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får de produkter som efterfrågas och att konkurrensen på marknaden tas till vara men också vårdas, dvs. så att det finns konkurrens även i ett längre perspektiv. Men även om man har dessa kunskaper är det många gånger en utmaning att få till stånd en bra upphandling där en produkt med god kvalitet erhålls till ett attraktivt pris. Att åstadkomma goda affärer med andra ord svårt och låter sig inte göras utan kompetens. Upphandlingsutredningen inser svårigheterna, i synnerhet för många mindre upphandlande myndigheter eller enheter, att ha denna kompetens avseende alla produktområden som upphandlas. Därför avser utredningen att föreslå att en funktion, ett produktkategoristöd, inrättas hos det samordnade upphandlingsstödet dit upphandlande myndigheter eller enheter kan vända sig att få information/vägledning. Informationen/vägledningen bör avse bl.a. metoder för att analysera de aktuella marknaderna, hur kvalitetskrav, tilldelningskriterier, miljökriterier och sociala kriterier kan utformas, hur man kan underlätta icke-vinstsyftande organisationers och mindre företags deltagande, hur funktionsupphandlingar kan genomföras, förslag på hur avtal/kontrakt kan utformas, metoder för uppföljning och utvärdering m.m. inom produktkategorin. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet tillhandahåller liknande vägledning för vård- och omsorgsupphandlingar. Upphandlingsutredningens föreslår att stödet omfatta tiotalet produktkategorier som, i synnerhet de mindre upphandlande myndigheterna har visat ett särskilt behov av att få hjälp och vägledning

kring, t.ex. upphandlingar av städtjänster, konsulter, byggtreprenader, transporter, och livsmedel.

Det är angeläget att denna typ av information/vägledning tas fram i samverkan med de som ska använda informationen, erfarna upphandlare, expertmyndigheter, branschorganisationer och de som ska använda varorna och tjänsterna.

3.4.3 Hur väljer man anbudsutvärderingsmodell?

Utredningens bedömning:

Det är inte tilldelningsgrunden lägsta pris som leder till låg kvalitet utan mer fundamentala faktorer som lågt ställda krav och brist på uppföljning.

Ren kvalitetskonkurrens är ingen garanti för att kvaliteten på den utförda varan eller tjänsten blir hög.

När utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet använts bör den upphandlande myndigheten prissätta de kvalitativa tilldelningskriterierna redan i förfrågningsunderlaget.

Så kallade relativa anbudsutvärderingsmodeller är behäftade med stora brister och bör överhuvudtaget inte användas.

En fråga som uppmärksammas av många intressenter under utredningsarbetet är frågan om anbudsutvärdering, speciellt frågan hur man på bästa sätt utvärderar kvalitativa kriterier i de inkomna anbudena. Frågan rymmer ett antal olika aspekter. Från företagarens håll har särskilt påtalats att för stor vikt läggs vid priset i många upphandlingar. En närliggande aspekt är att mindre och inte sällan specialiserade företag anser att man har svårt att hävda sig när för stor vikt läggs vid priset och därför avstår från att lämna anbud. Detta kan i sin tur få som konsekvens att de upphandlande myndigheterna går miste om potentiellt viktig kompetens och nya innovativa lösningar.

En annan aspekt på anbudsutvärderingen har att göra med risken för att upphandlingen överprövas. Utredningen har i delbetänkandet påpekat att risken för överprövningar gör att många leverantörer upplever att myndigheterna ofta avstår från att utvärdera kvalitet eftersom det är svårt att på ett klanderfritt sätt definiera och utvärdera kvalitet.

En tredje aspekt som forskningen uppmärksammat är att den dominerande anbudsutvärderingsmodellen (vid sidan om lägsta pris), den s.k. relativa anbudsutvärderingsmodellen, är behäftad med betydande svagheter som gör den svår att använda i syfte att åstadkomma goda resultat. I stället föreslås att s.k. absoluta anbudsutvärderingsmodeller tillämpas.

Mot bakgrund av dessa synpunkter, och anbudsutvärderingens centrala betydelse för att genomföra en framgångsrik upphandling, har utredningen valt att närmare belysa problematiken kring anbudsutvärderingen och vad som kan göras för att åstadkomma en så optimal och transparent anbudsutvärderingsprocess som möjligt.

Framställningen inleds med att sammanfatta de viktigaste iakttagelserna i delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter. Därefter presenteras kortfattat en teoretisk referensram som kan underlätta analysen av anbudsutvärderingsproblematiken. Därpå följer en beskrivning av de juridiska aspekterna på anbudsutvärdering och de vanligast förekommande modellerna. Avsnittet avslutas med utredningens överväganden och förslag.

Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

Delbetänkandet ägnades i huvudsak till att diskutera de problem som uppmärksamrats med de s.k. relativa utvärderingsmodellerna, där anbudet tilldelas prispoäng som relaterar till övriga inkomna anbud. Denna typ av modeller menar kritikerna, bland annat de nationalekonomiska forskarna Bergman, Lundberg och Lunander, tenderar att ge felaktiga resultat och upplevs dessutom ofta som komplexa och ogenomträngliga, framför allt för potentiella anbudsgivare. Liknande kritik har framförts av Lundvall och Pedersen i en rapport som skrivits för Konkurrensverkets räkning.⁵³ Upphandlande myndigheter och enheter avråds av dessa skäl från att använda denna typ av utvärderingsmodeller. I stället rekommenderas modeller med absoluta monetära påslag eller avdrag. Utredningen konstaterade i delbetänkandet att en sådan lösning inte kräver några regeländringar utan kan tillämpas med dagens regler.

Remissinstansernas synpunkter visade att det råder delade meningar huruvida relativa utvärderingsmodeller är lämpliga att

⁵³ M. Bergman och S. Lundberg, *Att Utvärdera Anbud: utvärderingsmodeller i teori och praktik*, Uppdragsforskningsrapport 2009:10, Konkurrensverket. A. Lunander, *En logisk fälla – relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2009:12, Konkurrensverket.

använda eller inte. Vissa remissinstanser menar att de är lämpliga medan andra anser att de bör förbjudas. Konjunkturinstitutet anser att det kan finnas anledning till att se över formuleringarna kring viktning så att upphandlingsregelverket förenklas. Arbetsmiljöverket anser att följderna av utredningens resonemang, att eventuellt föra in skärpningar kring viktning i lagtexten, blir att de upphandlade myndigheternas möjligheter att göra goda affärer begränsas.

Domstolsverket å andra sidan ser det som viktigt att upphandlingsstödjande åtgärder vidtas för att höja kompetensen avseende absoluta utvärderingsmodeller. Skatteverket förespråkar också användningen av absoluta utvärderingsmodeller. Dock ska det, enligt verket, även fortsättningsvis vara möjligt att tillämpa relativa utvärderingsmodeller. Lunds universitet förordar att de båda utvärderingsmodellerna lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga ersätts med endast det sistnämnda, med valfria värderingsgrunder som utgångspunkt.

En beslutsteoretisk referensram

Som utgångspunkt för diskussionen om olika anbudsutvärderingsmodellers för- respektive nackdelar presenteras i det följande en beslutsteoretisk referensram.

Betydelsen av en bra anbudsutvärdering

Anbudsutvärderingens centrala roll i upphandlingsprocessen kan inte nog betonas. Det är genom utvärderingen som den upphandlande myndigheten ska identifiera det bästa bland de inkomna anbuden. Samtidigt ska man komma ihåg att det bästa anbudet aldrig kan bli bättre än de anbud som kommer in. Därför är det viktigt att den process som används verkligen lockar de mest lämpade och kompetenta leverantörerna att komma in med anbud. Som nämndes inledningsvis finns det en uppenbar risk att vissa av dagens värderingsmodeller riskerar att falla i detta avseende, ifall mindre företag med specialistkompetens väljer att avstå från att lämna anbud.

*Att utvärdera anbud är komplicerat*⁵⁴

Anbudsutvärderingen är ett av upphandlingens svåraste och mest komplicerade moment. För det första är den intimt förknippat med andra moment i upphandlingsprocessen, inte minst själva kravställandet. Ställs t.ex. kraven för högt riskerar man att hamna i ett läge där endast några få leverantörer klarar av att möta dem, med följd att konkurrensen försvagas. Om kraven å andra sidan inte är relevanta kanske den för uppdraget mest lämpliga leverantören inte erhålls. Alternativt blir upphandlingens resultat inte det önskade och de slutliga användarna upplever att kvaliteten på de levererade varorna eller tjänsterna är undermålig.

En andra utmaning ligger i att välja rätt utvärderingsmodell. Vilken modell som ska väljas för att få önskvärt resultat är inte givet utan kräver betydande kompetens hos upphandlaren. Det gäller i synnerhet när tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används. Här handlar det bland annat om att väga samman pris och kvalitet på ett genomtänkt sätt. För det tredje är en anbudsutvärdering i grunden exempel på ett mångdimensionellt beslutsproblem, en disciplin som allmänt sett anses vara komplicerad.

Att utvärdera anbud är i grunden ett mångdimensionellt beslutsproblem

Utgångspunkten för ett mångdimensionellt beslutsproblem är att beslutsfattarens nytta, tillfredsställelse, måluppfyllelse etc. beror av ett flertal olika faktorer. I den upphandlande myndighetens eller enhetens fall är dessa faktorer pris, kvalitet, service m.m. Det har sedan Keeny och Raiffas banbrytande bok *Decisionmaking with multiple objectives* utvecklats en omfattande litteratur som detaljerat belyser olika aspekter av problemet.⁵⁵ Ett kondensat av några av de praktiskt sett mest användbara insikterna och rekommendationerna återges i boken *Smart choices*.⁵⁶ Utredningen finner att följande rekommendationer har särskild bäring på anbudsutvärderingen.

⁵⁴ Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har tagit fram flera vägledningar som är tänkta att bistå upphandlande myndigheter med tips och stöd i utvärderingsarbetet.

⁵⁵ R.L. Keeney och H. Raiffa, *Decisions with Multiple Objectives: Preferences and Value Tradeoffs*, 1980, Cambridge University Press.

⁵⁶ R.L. Keeney, J. Hammond, H. Raiffa, *Smart Choices: A Practical Guide to Making Better Life Decisions*.

Vikten av att den upphandlande myndigheten gör klart för sig vad målet med anskaffningen av varan eller tjänsten är

En grundläggande insikt från litteraturen, om hur man ska gå tillväga för att fatta bra beslut, är vikten av att verkligen göra klart för sig vad man vill uppnå med beslutet. Vad vill den upphandlande myndigheten eller enheten köpa och varför? Ett utmärkande drag för de flesta beslutsproblem är att målbilden är flerdimensionell. En del går att precisera i kvantitativa termer, t.ex. kostnaden. Andra aspekter är väsentligt svårare att kvantifiera och kan kanske enbart formuleras i kvalitativa termer. I en myndighets upphandling av exempelvis nya datorer består de olika dimensionerna (som tillsammans utgör målbilden) typiskt sett av tillförlitlighet, användarvänlighet, miljöhänsyn, prestanda avseende lagring och snabbhet, kostnader samt service.

För att kunna fatta ett genomtänkt beslut är det viktigt att hänsyn tas till alla dessa dimensioner, oavsett om de är enkla eller svåra att definiera och mäta. En upphandlande myndighet eller enhet måste således vara klar över vad det är för vara eller tjänst som är man intresserad av att köpa, vilka egenskaper och vilken funktionalitet den ska ha? Man måste också kunna uttrycka detta på ett tydligt och begripligt sätt så att potentiella anbudsgivare vet vad det är för produkt de förväntas leverera. Därtill är det viktigt att ange samtliga krav och kriterier som kommer att ligga till grund för utvärderingen i förfrågningsunderlaget, eftersom inga nya krav eller tilldelningskriterier får tillkomma under själva utvärderingen.

Vikten av att den upphandlande myndigheten proaktivt genererar flera bra alternativ att välja mellan

En andra grundläggande insikt eller rekommendation från litteraturen är vikten av att generera bra alternativ. Som nämndes i det föregående kan konsekvenserna av ett beslut aldrig bli bättre än de alternativ som finns att tillgå. Betydelse av att locka många anbudsgivare är därför stor, både för att få till stånd en bra konkurrens och för att öka möjligheterna att myndighetens önskemål tillgodoses.

De flesta beslutsproblem innebär avvägningar där olika intressen måste värderas i termer av varandra

En central lärdom från den beslutsteoretiska litteraturen är att beslutsfattaren, för att kunna fatta rationella beslut som avspeglar vederbörandes preferenser, måste värdera olika mål eller utvärderingskriterier i termer av varandra. När beslutsfattaren vill uppnå flera olika saker samtidigt och inget av de alternativ som står till buds dominerar så kommer man inte ifrån att mål måste värderas i relation till varandra. Och detta är många gånger svårt.⁵⁷

Sammanfattningsvis kan det vara värt att hålla dessa beslutsteoretiska insikter och rekommendationer i tankarna när utredningen nu övergår till att beskriva och jämföra de vanligast förekommande anbudsutvärderingsmodellerna⁵⁸. Innan det sker beskrivs emellertid helt kort vad upphandlingslagstiftningen säger om problemet att utvärdera anbud.

Vad säger regelverket?

Regelverket för tilldelning baseras på EU:s upphandlingsdirektiv och våra nationella upphandlingslagstiftningar LOU och LUF. Där framgår att de upphandlande myndigheterna är ganska fria att välja hur de ska gå tillväga för att utvärdera anbuden. De har också stor frihet att bestämma vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas – antingen anbudet med lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Lägsta pris

Om den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontraktet på tilldelningsgrunden lägsta pris sker utvärderingen enbart med avseende på de inkomna anbudens priser. Den leverantör vars anbud uppfyller de obligatoriska kraven, och som har det lägsta priset, ska tilldelas kontraktet. Som påpekades i delbetänkandet finns det i princip inget motsatsförhållande mellan att tillämpa

⁵⁷ I bilaga 8 presenteras den s.k. kvittningsmetoden (*The Even-Swap Method*), som kan användas för att på ett rationellt och transparent sätt praktiskt hantera dylika avvägningar.

⁵⁸ I direktivförslagen ersätts tilldelningsgrunden lägsta pris ersätts med lägsta kostnad, en förändring som även om den är semantiskt karaktär kan sägas innebära en uppmaning till upphandlande myndigheter och enheter att i större utsträckning anlägga ett total- eller livscykelperspektiv på anskaffningen av varor och tjänster. Detta utvecklas i avsnitt 7.4.

utvärderingsgrunden lägsta pris och högt ställda krav på leverantörerna och den vara eller tjänst som ska tillhandahållas. Utredningen återkommer till denna fråga längre fram i avsnittet.

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Om den upphandlande myndigheten i stället väljer att tilldela kontraktet på basis av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet så sker utvärderingen med avseende på de angivna tilldelningskriterierna. Dessa ska vara kopplade till den produkt som upphandlingen gäller och avser typiskt sett pris, leverans- eller genomförandetid, kvalitet, miljöegenskaper m.m. Utvärderingen får enligt dagens regler inte avse anbudsgivarnas organisation eller kapacitet såvida dessa inte är tydligt kopplade till genomförandet av uppdraget.

Det är viktigt att annonsen eller förfrågningsunderlaget tydligt anger vilken tilldelningsgrund och vilka kriterier som kommer att användas för att bedöma de inkomna anbuden. Vidare måste kriteriernas inbördes viktning eller rangordning stå klart för anbudsgivarna.

Här skiljer sig regelverken något åt mellan direktivstyrda upphandlingar (över EU:s tröskelvärden) och icke-direktivstyrda upphandlingar (under EU:s tröskelvärden och B-tjänster oavsett värde). För den förstnämnda kategorin upphandlingar gäller att tilldelningskriterierna ska viktas. Om den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer att det inte går att vikta tilldelningskriterierna får de rangordnas. Myndigheten eller enheten ska kunna ange sakliga skäl för att kriterierna inte har kunnat viktas.⁵⁹

För upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU eller LUF, dvs. vars värde bedöms understiga EU:s tröskelvärden eller för B-tjänster oavsett värde, är valet mellan viktning eller rangordning emellertid fritt.

En konsekvens av att de upphandlande myndigheterna är ganska fria att själva välja hur de ska gå tillväga för att utvärdera inkommande anbud är att det i praktiken förekommer en mängd olika anbudsutvärderingsmodeller, något som belyses i det följande.

⁵⁹ Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, prop. 2006/07:128, s. 406.

För- och nackdelar med några av de i praktiken vanligast förekommande utvärderingsmodellerna

Lägsta pris

En av de vanligast förekommande utvärderingsgrunderna är lägsta pris. Den anbudsgivare som erbjuder sig att leverera den efterfrågade varan eller tjänsten till lägst pris tilldelas kontraktet. Under förutsättning att förfrågningsunderlaget lyckats beskriva varan eller tjänsten på ett tillräckligt tydligt sätt, och att de ställda kvalitetskraven är tillräckligt höga, så maximeras den samhällsekonomiska effektiviteten i upphandlingen. Att anta en anbudsgivare med högre pris leder då till att knappa resurser förslösas. Trots denna logik är tilldelningsgrunden lägsta pris ofta kritiserad. Kritiken går ut på att myndigheterna inte är intresserade av kvalitet, alternativt att de dumpar priserna genom att gå enbart på lägsta pris. Enligt utredningens uppfattning behöver detta resonemang kvalificeras.

Det är otvetydigt så att lägstaprisupphandlingar ibland resulterat i bristfällig kvalitet. Att skylla detta på tilldelningsgrunden lägsta pris är dock att göra det väl enkelt för sig. Det finns i grunden inget motsatsförhållande mellan att ställa höga kvalitetskrav på den produkt som upphandlas och att använda utvärderingskriteriet lägsta pris. Den tidigare beskrivna upphandlingen av akutsjukvården vid S:t Görans sjukhus illustrerar detta väl. De högt ställda kraven i den upphandlingen, och den genomtänkta uppföljningsplanen innebar att en högkvalitativ akutsjukvård skulle erbjudas, dvs. minst lika hög som på landstingets egna sjukhus. Nu använde inte landstinget lägsta pris som utvärderingskriterium utan valde att, vid sidan av kraven, försöka uppnå en ännu högre kvalitet genom de tre specifika kvalitetsmålen. Poängen är dock att man skulle ha kunna tillämpat lägsta pris som utvärderingsgrund och ändå fått en hög vårdkvalitet.

Utredningens bedömning är att de problem som förknippas med lägsta pris i huvudsak har att göra med bristfälligt utformade krav, för låg ambitionsnivå och en eftersatt uppföljning. Precis som beskrivs i avsnitt 3.4 finns det ett samband mellan de kvalitets- och servicekrav som ställs på en tjänsts utförande och kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten. Detta grundläggande samband går inte att bortse från när man diskuterar kvalitet och tilldelningsgrunden lägsta pris. Det är därför sannolikt att de låga priser, som ibland karakteriserar upphandlingar där lägsta pris fått fälla avgörandet,

avspeglar ett förfrågningsunderlag med låga kvalitets- och servicekrav, en ofullständig kravbeskrivning eller en låg ambitionsnivå vad gäller uppföljningen vilket gjort att anbudsgivaren kunnat lämna ett lågt anbud, bland annat i förvisning om att ett tummande på ställda krav inte kommer att upptäckas.

Sammanfattningsvis är det enligt utredningens bedömning viktigt att göra upp med föreställningen att det är tilldelningsgrunden lägsta pris i sig som orsakar upplevda kvalitetsproblem och brister av olika slag. Rätt använd kan tilldelningsgrunden lägsta pris fungera väl. Det förenklar t.ex. för anbudsgivarna. De behöver inte fundera på, som är fallet exempelvis med den relativa anbudsutvärderingsmodellen, hur de ska komponera sitt anbud i termer av pris och kvalitet m.m. för att maximera chanserna att tilldelas kontraktet.

Kvalitetskonkurrens

En alternativ tilldelningsgrund är att anbudsutvärderingen enbart sker på basis av kvalitativa faktorer. Det går typiskt sett till så att den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer sig för hur mycket man är beredd att betala för att få en viss tjänst utförd och sedan låter potentiella utförare konkurrera med den kvalitet de erbjuder. Denna tilldelningsgrund är än så länge inte särskilt vanligt förekommande i upphandlingar enligt LOU eller LUF. Däremot är den själva utgångspunkten för upphandlingar enligt LOV. Samtliga antagna utförare av en tjänst erhåller här en fast och förutbestämd ersättning – som är samma för alla. En brukare väljer sedan den utförare som vederbörande anser erbjuder den mest attraktiva tjänsten. En förutsättning är givetvis att brukarna har tillgång till tillräcklig information rörande det tjänsteutbud som finns att välja mellan och, vilket inte är minst viktigt, har förmåga att göra ett välgrundat val. När antalet utförare till exempel är stort är det svårt få en överblick av utbudet, vilket tenderar att hämma viljan att välja. Därtill kommer att alla brukare sannolikt inte har kapacitet att göra ett välgrundat val, på grund av t.ex. nedsatt kognitiv förmåga till följd av hög ålder eller sjukdom.

En tilldelningsgrund som enbart görs med avseende på kvalitet borde borge för att enbart leverantörer som avser att leverera hög kvalitet tilldelas kontrakt. Så enkelt är det emellertid inte. Ett skäl till detta är den koppling som finns mellan kvalitet och kostnader.

Den prislapp som den upphandlande myndigheten lägger fast kommer att påverka vilken kvalitet på den upphandlande tjänsten som är möjlig att uppnå. Ju mer pengar som den upphandlande myndigheten skjuter till, desto högre kvalitet kan uppnås och vice versa. Om prislappen är för lågt satt riskerar kvaliteten på den utförda tjänsten att bli bristfällig. Det kan i sin tur få till följd att utförare med höga kvalitetskrav på den tjänst de levererar avstår från att lämna anbud. Kvar blir då utförare som är mindre nogräknade med vilken kvalitet de levererar. Enligt uppgift till utredningen är denna risk reell. En idéburen utförare av hemtjänst, verksam i Stockholmsområdet, valde för en tid sedan att efter många år som leverantör till en kommun avsäga sig uppdraget med motiveringen att den erbjudna ersättningen inte gjorde det möjligt att leva upp till de egna, högt ställda kvalitetskraven.

Ett andra skäl till att tilldelningsgrunden högsta kvalitet till ett givet pris inte med automatik leder till hög kvalitet är bristfällig uppföljning. Vid upphandling av hemtjänst inom ramen för LOV är det vanligt att det fixerade priset avser en timersättning, dvs. utföraren ersätts för att utföra en timmes arbete hemma hos någon brukare. Enligt uppgifter till utredningen är det inte alltid så det fungerar. Det förekommer att utförare försöker pressa in besök hos flera brukare inom ramen för den ersättning som är avsedd för en brukare. Det betyder att utföraren får för mycket betalt för det arbete som utförs, vidare att brukaren får mindre arbete utfört – lägre kvalitet – än vad samhället varit berett att betala för. Problemet är sålunda att det inte sker en tillräckligt noggrann uppföljning av att tjänsten utförs enligt avtalet, i kombination med en utförare – som i jakt på högre lönsamhet – tummar på kontraktsvillkoren.

Resonemanget belyser återigen att tilldelningsgrunden i sig ofta har ganska lite att göra med huruvida en upphandling karaktäriseras av kvalitet eller inte. Det är andra faktorer, inte minst hur kvalitetskraven ställs och följs upp, respektive hur mycket den upphandlande myndigheten är beredd att betala, som avgör vilket utfallet blir i kvalitativa termer.

Absoluta anbudsutvärderingsmodeller

En tredje modell som tillämpas är den så kallade absoluta anbudsutvärderingsmodellen, eller – som den också kallas – mervärdesmodellen eller prisavdragsmodellen. Utgångspunkten här är att den upphandlande myndigheten annonserar att man avser att tilldela kontraktet på basis av den mest attraktiva kombinationen av pris och andra i upphandlingen ingående tilldelningskriterier, ofta någon form av kvalitet. Modellen bygger på att det redan i förfrågningsunderlaget anges hur de kvalitativa tilldelningskriterierna värderas i monetära termer. I regel uttrycks de olika kvalitetskriterierna i poäng. Till respektive kvalitetsnivå kopplas sedan ett specifikt monetärt belopp. De inkomna anbuden utvärderas med avseende på de kvalitativa utvärderingskriterierna, poängsätts och ansätts monetära värden. Som framgick använde båda Stockholms läns landsting och Västtrafik en dylik utvärderingsmodell i de två exempelupphandlingar som beskrevs i avsnitt 3.4. Skillnaden var att i den ena upphandlingen gjordes ett avdrag på anbudspriset medan i den andra i stället gjordes ett tillägg på anbudspriset.

I en viss mening kan man säga att mervärdesmodellen är en variant av den kvittningsmetod som beskrivs i bilaga 8. Kvittningsmetoden, som är en praktisk modell för att hantera mångdimensionella beslutsproblem framtagen av några av världens mest framstående beslutsteoretiker, bygger på att beslutsfattaren värderar ett önskvärt mål eller intresse i termer av ett annat mål eller intresse. I mervärdesmodellen görs detta genom att de kvalitativa tilldelningskriterierna alla värderas i termer av att anskaffningen ska ske till en så låg kostnad som möjligt. Denna omständighet, att mervärdesmodellen påminner om en beslutsteoretiskt rekommenderad utvärderingsmodell, finner utredningen tilltalande. Det är en avgjord fördel att använda en metodologiskt sund modell.

En ofta framförd invändning mot mervärdesmodellen är att det kan vara svårt att värdera de kvalitativa utvärderingskriterierna i monetära termer. Detta är riktigt. Att det är svårt betyder dock inte att det bör undvikas. Den upphandlande myndigheten bör vara klar över hur de olika intressen man vill tillgodose i upphandlingen förhåller sig till varandra – vad är viktigast, näst viktigast etc. Som utredningen pekar på i det följande är ett av de grundläggande problemen med den s.k. relativa anbudsutvärderingen just detta att de upphandlande myndigheter slipper ta ställning till hur mycket

en viss kvalitativ egenskap är värd i monetära termer, eller vis-a-vis någon annan kvalitativ egenskap.

Relativa anbudsutvärderingsmodeller

Ytterligare en modell, ofta använd, är den s.k. relativa anbudsutvärderingsmodellen. Modellen används för att kunna väga ihop kvalitativa utvärderingskriterier med pris. För att illustrera modellen kan följande enkla exempel användas. En upphandlande myndighet som använder tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet slår i förfrågningsunderlaget fast att anbudet kommer att utvärderas med avseende på pris och kvalitet, som vardera kommer att väga lika tungt i utvärderingen. Det ena utvärderingskriteriet, dvs. priset, mäts i monetära termer medan det andra kriteriet kvalitet mäts i poäng, exempelvis en femtongradig skala från 1–15 där högre poäng avspeglar högre kvalitet. Den upphandlande myndigheten är intresserad av att få en så hög kvalitet som möjligt till ett så lågt pris som möjligt. Anta nu att två företag, A respektive B, lämnat de anbud som visas i tabell 1 nedan.⁶⁰ Leverantör A:s anbud innebär ett lägre pris men också en lägre kvalitet än leverantör B:s anbud. För att kunna väga samman kvalitet och pris så att anbudet kan jämföras används följande formler som omvandlar anbudens pris och kvalitet till pris- respektive kvalitetspoäng:

Prispoäng = (lägstapris/anbudspris) × 100 × 0,5, där 0,5 anger den vikt den upphandlande myndigheten sagt sig fästa vid utvärderingskriteriet pris.

Kvalitetspoäng = (anbudskvalitet/högsta kvalitet) × 100 × 0,5 där 0,5 anger den vikt den upphandlande myndigheten sagt sig fästa vid utvärderingskriteriet kvalitet.

Kolumn tre och fyra i tabellen visar de pris- och kvalitetspoäng som beräknats fram med dessa formler. Genom att utvärderingskriterierna nu är uttryckta i samma enhet, poäng, kan de enkelt summeras och anbudet kan därmed jämföras med varandra. Som

⁶⁰ Exemplet är hämtad från Lundvall och Pedersen (2012), Upphandling 24, Anbudsjournalen.

framgår tilldelades Leverantör B:s anbud en högre totalpoäng, 83, än Leverantör A:s poäng, 80. Leverantör B tilldelas därför kontraktet eftersom denne leverantör bedömdes ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är enkelt att se varför modellen blivit så populär. Det går utan synbara svårigheter att omvandla tilldelningskriterier som uttryckta i olika enheter till en gemensam enhet, poäng, som sedan kan summeras. De summerade värdena kan sedan användas för att jämföra inkomna anbud med varandra och kora en vinnare i upphandlingen. Modellen har emellertid flera grundläggande inneboende svagheter som gör att den enligt utredningens överhuvudtaget inte bör användas i anbudsutvärderingar.

Tabell 1

Leverantör	Pris	Kvalitet	Prispoäng	Kvalitetspoäng	Total-poäng
A	10	6	50	30	80
B	15	10	33	50	83

Den första invändningen mot modellen är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver ta ställning till hur de olika utvärderingskriterierna förhåller sig till varandra. Den grundläggande frågan som den upphandlande myndigheten behöver ta ställning till är ju om skillnaden i pris mellan de två anbuden, 5 kronor⁶¹, är värd mer än skillnaden i kvalitet motsvarande 4 poäng. Om så är fallet är Leverantör A:s anbud ekonomiskt mer fördelaktigt än konkurrentens anbud. Om så inte är fallet, utan den upphandlande myndigheten bedömer att kvalitetsskillnaden är viktigare eller mer värd är prisskillnaden ska Leverantör B:s anbud antas. Den relativa anbudsutvärderingsmodellens konstruktion gör dock att den upphandlande myndigheten aldrig behöver ställas inför denna, ofta svåra, bedömning. Problemet huruvida den bedömda kvalitetsskillnaden om 4 poäng överstiger prisskillnaden om 5 000 kronor reduceras i modellen till att handla om tre totalpoäng, 83 mot 80, vars innebörd är högst oklar.

Den mest grundläggande regeln för att kunna fatta rationella beslut i situationer där flera olika intressen finns att beakta är att göra klart för sig hur prioriteringarna ser ut, dvs. vilket intresse som är viktigast, näst viktigast etc. Det finns därför en uppenbar

⁶¹ Anta för enkelhetens skull att pris om 5 motsvarar 5 000 kronor.

risk för att de upphandlande myndigheterna eller enheterna genom att använda denna modell inte väljer de anbud som de egentligen sammantaget anser vara det mest fördelaktiga. Dessutom lever de i lycklig ovetskap om detta!

Den andra invändningen rör modellens känslighet för vilka anbud som kommer in. Anta i exemplet ovan att en tredje leverantör C lämnar in ett anbud vars pris uppgår till 40 och vars kvalitetslösning bedöms till 13 poäng. Det som händer vid tillämpningen av formlerna för pris- och kvalitetspoäng är att rangordningen mellan de två första anbuden A och B kastas om. När bara A och B jämfördes med den relativa anbudsutvärderingsmodellen som grund framstod B:s anbud som det mest förmånliga. När A och B jämförs då ytterligare ett anbud, C:s, finns med i bilden blir resultatet i stället att A:s anbud framstår som det mest fördelaktiga. Den upphandlande myndighetens värdering av A:s och B:s anbud påverkas således av närvaron av ett tredje anbud, C, som därtill inte är särskilt attraktivt. Det betingar ett mycket högre pris än leverantör B:s anbud och en marginellt högre kvalitet, och skulle sannolikt snabbt räknas bort från vidare överväganden. Valet står således mellan A och B som i den första utvärderingen. Modellen gör dock som sagt att A nu helt plötsligt anses mer fördelaktigt. Det grundläggande problemet är återigen att den upphandlande myndigheten aldrig tvingas ta ställning till hur kvalitetsskillnaden förhåller sig till prisskillnaden.

Problemet är emellertid större än så eftersom det kan påverka anbudsgivningen på ett negativt sätt.⁶² Ett första problem är att anbudsgivarna inte kan förutsäga det resultat som modellen ger. Mer precist går det inte att på förhand bedöma vilken vikt som ett utvärderingskriterium får vid utvärderingen, då detta förutom att bero på de faktiska anbuden också beror på hur anbuden förhåller sig till varandra, t.ex. spridningsmässigt. För det andra öppnar utvärderingsmodellen upp för det som brukar kallas för osund strategisk anbudsgivning. Det kan t.ex. yttra sig i form av att ett företag lämnar ett *bulvan-anbud* för att underlätta för ett annat företag att vinna upphandlingen. En konsekvens av detta kan bli att seriösa företag drar sig för att lämna anbud då det är svårt att se igenom hur utvärderingen kommer att slå. I stället drar upphandlingen till sig oseriösa företag som lockas av de möjligheter till manipulation som modeller erbjuder.

⁶² Detta visas t.ex. tydligt i Pedersen och Lundvall (2012).

3.4.4 Hur får man till stånd en relevant och ändamålsenlig uppföljning av kontrakt?

Utredningens bedömning:

Uppföljning och utvärdering är generellt sett ett eftersatt område – offentlig upphandling är inget undantag.

Uppföljningens organisering är central i sammanhanget, men ingen given bästa modell existerar.

Det är viktigt att under kontraktstiden dokumentera uppdagade brister i genomförandet av kontraktet liksom att bristerna påtalas direkt till leverantören. Det måste också finnas en beredskap att hantera överträdelser av avtalsvillkoren.

Det är minst lika viktigt att följa upp den egna verksamheten som att följa upp externa leverantörer.

Det är viktigt att se upp med oförutsedda och negativa konsekvenser av uppföljning och utvärdering.

Den bästa uppföljningen får inte bli den goda uppföljningens fiende.

I utredningens samtal med olika intressenter framhålls ofta uppföljning, eller snarare bristen på uppföljning, som ett allvarligt problem. Att detta inte bara är en uppfattning utan en realitet kunde utredningen konstatera redan i delbetänkandet: knappt 25 procent av de upphandlande myndigheterna och enheterna i utredningens egen undersökning uppgav att upphandlingskontrakten regelbundet följs upp. I övriga upphandlingar, dvs. i tre av fyra fall, verkar ingen uppföljning av kontrakten göras alls. En sådan ordning har givetvis ett flertal negativa konsekvenser.

För det första riskerar det att leda till att de upphandlande myndigheterna inte får de varor och tjänster som man beställt och betalar för. Kvaliteten på de levererade produkterna riskerar att bli lägre än vad som är avtalat, till harm för de offentliga verksamheterna och näringslivet men framför allt för brukarna. Alternativt har man fått det som avtalats men till ett överpris eftersom leverantören under avtalsperioden höjer priset mer än vad kontraktet medger.

För det andra ökar risken för lagöverträdelser, t.ex. skattefusk, om inte kontrakterade leverantörer och deras underleverantörer kontrolleras. Vidare kan bristande uppföljning av ställda krav resultera i att mindre nogräknade företag tilldelas kontrakt då de,

genom att bara på pappret leva upp till ställda krav, kan lämna lägre priser och slå ut de seriösa företagen som tar höjd för kravens verkliga kostnader i anbudet. Detta riskerar att snedvrider konkurrensen i en riktning som gynnar oseriösa och, kanske till och med kriminella företag, på bekostnad av professionella och seriösa företag. Detta kommer i sin tur med största sannolikhet leda till brister i kvaliteten på de levererade produkterna.

För det tredje begränsas avsevärt möjligheterna till lärande, revidering eller omprövning av myndigheternas upphandlingsstrategier samt ställda miljö, sociala och etiska krav, om upphandlingen om deras utfall inte följs upp.

Sist men inte minst leder en bristande uppföljning till att upphandlande myndigheter och enheter inte kan använda sig av s.k. värdeskapande ersättningsmodeller, dvs. ersättningsmodeller som genom att belöna goda prestationer – och bestraffa dåliga – förmår leverantörerna att leverera varor och tjänster som värderas högt av brukarna. Det pågår på flera håll i landet, både inom och utanför upphandlingsområdet, flera *experiment* där offentliga beställare laborerar med dylika ersättningsmodeller. Ett exempel är Stockholms landstings försök med vårdepisodersättningsystem, vilket i korthet innebär att vårdgivaren ersätts med ett paketpris, med inbyggda bonus- och viteskonstruktioner, för att åta sig hela vårdkedjan för knä- och höftledsoperationer. Enligt en färsk utvärdering har detta försök fallit väl ut: såväl högre upplevd kvalitet som ett effektivare resursutnyttjande har uppnåtts.⁶³ Denna typ av system förutsätter en noggrann och systematisk uppföljning. Denna insikt, att en systematisk uppföljning möjliggör användningen av nya ersättningsmodeller eller mer generellt, en mer innovativ och effektiv styrning av utförarna, är enligt utredningens uppfattning mycket viktig.

I det här avsnittet diskuteras möjligheterna att förbättra uppföljningen inom offentlig upphandling. Först presenteras helt kort vad utredningen anser är orsakerna till den bristfälliga uppföljningen och remissinstansernas synpunkter. Därefter redovisas några färska rapporter på temat uppföljning. Efter det diskuteras några olika typer av uppföljning. Avsnittet avslutas med utredningens slutsatser och förbättringsförslag. När man läser är det värt att hålla i minnet att detta avsnitt behandlar uppföljning generellt.

⁶³ Wohlin m.fl., *Uppföljningsrapport vårdval höft- och knäprotesoperationer, Preliminär analys, slutsatser och rekommendationer 2012.*

I kapitel 7 och 8 diskuteras mer specifikt uppföljning av miljörelaterade krav och sociala krav som upphandlande myndigheter eller enheter ställer i upphandlingar.

Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

Utredningens uppfattning, som presenterades i delbetänkandet, är att den otillräckliga uppföljningen är en konsekvens av främst följande skäl: de upphandlande myndigheterna och enheterna har inte prioriterat dessa frågor. Detta kan i sin tur åtminstone delvis bero på att en ordentlig uppföljning drar resurser, som man kanske bedömer inte finns eller har bättre användning för på annat håll. Ett annat skäl kan vara att många myndigheter inte fullt ut inser betydelsen av en bra uppföljningsverksamhet. Sist men inte minst saknas ofta både kunskap och verktyg för att genomföra en effektiv och ändamålsenlig uppföljning av kontrakten och utvärdering av de genomförda upphandlingarna.

För att råda bot på framförallt det sistnämnda problemet aviserade utredningen att man avsåg att noga överväga förslag som kan bidra till att uppföljningen och utvärderingen förbättras. Utredningen pekade också på betydelsen av förbättrad dialog mellan den upphandlande myndigheten och leverantören, inte minst efter upphandlingen, som ett sätt att få till en bättre uppföljning och utvärdering.

Överlag delar remissinstanserna utredningens uppfattning om vikten av uppföljning och utvärdering. Exempelvis ser Statskontoret positivt på att utredningen har för avsikt att återkomma med konkreta förslag om hur utvärdering och uppföljning kan utvecklas. Skatteverket konstaterar att uppföljning och utvärdering av kontrakt är en förutsättning för ett kvalitativt upphandlingsarbete.

Även utredningens tankar kring vägledning och verktyg för uppföljning har stöd bland många remissinstanser. Exempelvis tillstyrker Göteborgs universitet analysen att det finns ett behov av förbättrade verktyg för kontraktsuppföljning och vill särskilt lyfta fram behovet av en vägledning för utvärdering och kontraktsuppföljning avseende miljö-, sociala och etiska krav.

Flera rapporter och vägledningar om uppföljning har tagits fram

Utredningen kan konstatera att en av de svagheter som framhölls i delbetänkandet, nämligen bristen på vägledning rörande uppföljning i offentlig upphandling, har adresserats av både SKL och Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, som under den senaste tiden gett ut både rapporter och vägledningar på temat uppföljning.

SKL gav t.ex. våren 2012 ut skrifterna *Förutsättningar för uppföljning*, *Att följa upp verksamhet* och *Erfarenheter av uppföljning*, som alla ingår i den tidigare nämnda skriftserien *Kvalitetssäkrad välfärd*. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har i sina två vägledningar kring avtalsuppföljning för varor och tjänster respektive vård och omsorg beskrivit såväl vikten av uppföljning som metoder för hur detta arbete kan gå till. Vad gäller vård och omsorg belyses bl.a. hur god kvalitet kan säkras genom uppföljning och utvärdering fördelat på fyra nivåer; på systemnivå, per verksamhetsområde, avtalsnivå och individnivå. Några iakttagelser från dessa skrifter är att:

Vid egenregiverksamhet gäller att kommuner och landsting direkt kan styra verksamheterna genom att formulera mål och bestämma hur dessa ska uppnås. För upphandlad verksamhet är styrmedlen annorlunda och mer begränsande eftersom förutsättningarna måste formuleras i förfrågningsunderlag och avtal. Styrningen blir därmed mer indirekt genom att mål och andra politiska viljeyttringar, som även ska gälla i upphandlad verksamhet, måste omformuleras till obligatoriska krav och utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget. I upphandlingskontraktet eller ramavtalet regleras möjligheterna till den uppföljning och insyn som den upphandlande myndigheten vill ha i verksamheten.

Uppföljningen av genomförda upphandlingar bör baseras på en risk- och väsentlighetsanalys. Det finns alltid en risk att verksamheter inte håller den kvalitet som stipuleras, något som kan medföra att brister, ibland allvarliga sådana, uppstår. Denna risk finns oavsett vem som utför verksamheten, dvs. det är inte relaterat till om verksamheter drivs i offentlig egen regi eller på entreprenad. För att hantera dylika risker är det nödvändigt att kontinuerligt följa upp verksamheten så att brister kan upptäckas i tid och åtgärder vidtas. En dylik uppföljning blir lätt otymplig och resurskrävande. Utmaningen är därför att finna en lämplig nivå och inriktning på den uppföljning som ska genomföras. Det är här den ovan nämnda

risk- och väsentlighetsanalysen kommer in. Genom en sådan kan de krav identifieras som, om de fallerar, medför stora ekonomiska eller verksamhetsmässiga risker och som därför bör följas upp mer frekvent och noggrant medan mindre viktiga krav kan följas upp mer sällan och översiktligt.

Det bör finnas en plan för hur uppföljningen ska gå till där det tydliggörs vad som ska följas upp, hur, av vem samt med vilken frekvens. Uppföljning av kvalitet bör inriktas på såväl struktur- och process- som resultat kvalitet (jämför avsnittet 3.4). Det är viktigt att inte enbart vissa kvalitetsaspekter följs upp eftersom det riskerar att leda till att andra aspekter, som inte följs upp, blir lidande, en aspekt utredningen återkommer längre fram i det här avsnittet.

För att syftet med uppföljningen ska nås måste resultaten av uppföljningen kommuniceras till den berörda utföraren. Brister och avsteg från avtalet måste påtalas så att de kan avhjälpas. Sist men inte minst framhålls vikten av att dokumentera resultatet av uppföljningen. Det är viktigt av flera skäl. Dels i det fall uppföljningen ska kunna ligga till grund för sanktioner, t.ex. viten, i händelse av att utföraren inte levt upp till specifika kontraktskrav. Dels för att uppföljningen ska kunna ligga till grund för en analys av orsaken till eventuellt uppdagade brister.

Tydliga och mätbara kriterier för de upphandlande varornas och tjänsternas kvalitet bör formuleras, något som dock ibland är svårt att åstadkomma, framför allt när det handlar om tjänster riktade till medborgarna. Det är väsentligt enklare att formulera uppföljningsbara krav vad gäller aktiviteter och produktionsdata än vad gäller verksamhetens resultat i termer av effekter och utfall. Här förefaller dock situationen ha förbättrats över tid, vilket, enligt Upphandlingsutredningen, sannolikt har att göra med tillkomsten av Öppna jämförelser och Rådet för främjande av kommunala analyser. Genom dessa insatser har en mängd olika indikatorer rörande resultat och effekter genererats.

Det finns en risk att uppföljningen i allt för stor utsträckning inriktas på krav som är enkla att mäta, med följd av att viktiga kvalitetsaspekter som är svårare att mäta glöms bort. För att hantera denna risk bör olika metoder och olika perspektiv användas i uppföljningen.

Olika typer av uppföljning

Med uppföljning kan i upphandlingssammanhang avses flera olika saker. Man kan t.ex. skilja på ekonomisk uppföljning och verksamhetsmässig uppföljning. Den förstnämnda typen handlar normalt om hur det faktiska inköpsmönstret ser ut (vad köper myndigheten och från vilka), prisutvecklingen på upphandlande produkter, trohet mot upphandlande avtal m.m. och rör således primärt den upphandlande myndighetens ekonomi relaterat till den upphandling som genomförs. Den senare handlar i stället om frågor som; Uppfyller den antagna leverantören villkoren i kontraktet? Är kvaliteten på den levererade produkten i enlighet med avtalet? Sådan uppföljning är således mer fokuserad på den avtalsrelation som ingåtts med en leverantör.

Ekonomisk uppföljning

En form av upphandling som utredningen gjorts uppmärksam på är den ekonomiska uppföljningen som sker av de upphandlande myndigheterna eller enheterna. Det är speciellt tre områden som pekas ut: analyser av inköpsmönster, pris- eller kostnadskontroll samt avtalstrohet.

Inköpsmönsteranalyser m.m.

Ett av de områden där man oftast hör att det offentligas anskaffning av varor och tjänster skiljer sig från det privata näringslivets är kontrollen över inköpen. Det brukar hävdas att privata företag har väsentligt bättre kontroll på vad det är man köper och hur mycket man betalar för de olika produkterna. Anledningen är det privata vinstdrivande företags inneboende drivkraft att vara kostnadseffektiva. Dels finns ett självklart samband mellan storleken på företags vinst och dess kostnader. Dels utövar konkurrensen från andra företag på marknaden en disciplinerande kraft att räkna med, dvs. är inte företaget kostnadseffektivt kommer det på sikt att konkurreras ut och försvinna från marknaden. Sammantaget innebär detta att privata vinstdrivande företag ägnar väsentlig tid och kraft åt att analysera sina inköp. Vad köper man? Vilka priser betalar man? Hur ser villkoren ut? Var finns möjligheterna att

åstadkomma effektiviseringar? Till sin hjälp i dessa analyser har företagen ofta elektroniska inköpssystem.

Utredningens uppfattning är att många upphandlande myndigheter och enheter ligger efter den privata sektorn i detta avseende. Det saknas ofta en sammanhållen bild av den anskaffning som görs vilket är problematiskt på flera sätt. För det första finns det sannolikt en del relativt enkla besparingar att göra på att veta vad man köper. Det kommer nämligen med största sannolikhet stå klart att en del onödiga saker köps in eller att dåliga villkor kan förbättras när de faktiska inköpen granskas och analyseras. För det andra finns det en uppenbar risk för att direktupphandlingsgränserna överskrids när inköpen inte följs upp ordentligt.

Utredningens bedömning är dock att denna situation kommer att förbättras i takt med att de upphandlande myndigheternas och enheternas användning av elektroniska upphandlings- och beställningssystem ökar. Detta utvecklas vidare i avsnitt 3.7 om elektronisk upphandling och i kapitel 10 om nationell upphandlingsstatistik.

Avtalstrohet

En närliggande typ av uppföljning rör kontrollen av de upphandlande myndigheternas eller enheternas trohet mot upphandlande ramavtal. De flesta upphandlande myndigheter och enheter genomför betydande delar av sin anskaffning genom ramavtal. Ett av syftena med dessa avtal är att åstadkomma så bra inköpsvillkor som möjligt. De leder ofta till att leverantörerna ger s.k. volymrabatter. Det är därför angeläget att så mycket som möjligt av anskaffningen sker via ramavtalen. Myndigheten tjänar på detta men också den antagna leverantören som belönas för de ansträngningar som gjordes för att erhålla ramavtalet. Enligt vad utredningen erfarit är det ibland så och så med avtalstroheten: det är långt ifrån alltid som myndigheterna gör sina beställningar från ingångna ramavtal. I stället köper man in varor eller tjänster från leverantörer som inte har ramavtal eller så köper man produkter från en ramavtalsleverantör men som inte in går i ramavtalet. Utredningens bedömning är att det sannolikt finns betydande vinster för många myndigheter att hämta genom en högre avtalstrohet.

Priskontroll

Ett problem som utredningen uppmärksammats på, avseende framför allt upphandlingar av livsmedel, är att det förekommer stora pris- och produktfluktuationer under ett avtals löptid. Såvitt utredningen erfarit kan ett avtal komma att prisjusteras så ofta som fyra gånger per år. Det pris som lämnats i anbudet är således inte det som den upphandlande myndigheten i slutänden får betala. Prisökningar på 25 procent uppges inte alls vara ovanliga. Som framhölls i delbetänkandet har de vinnande företagen ofta mycket att vinna på att öka sina intäkter genom omförhandlingar och försäljning vid sidan av ramavtalen.

Ett annat problem som utredningen uppmärksammats på inom området byggtreprenadupphandlingar, är att det förekommer stora skillnader mellan anbud och utfall, dvs. vad den upphandlande myndigheten eller enheten slutligen får betala. Vidare är det inte ovanligt att ändrings- och tilläggsarbeten av olika skäl är omfattande.

Denna problematik har delvis att göra med uppföljning. I branscher där leverantörernas kostnader varierar med faktorer utanför för deras kontroll regleras prisförändringar i regel via olika typer av index. Denna typ av prisförändringar är därför normala. Det kan emellertid bli ett problem eftersom det kan underlätta för en leverantör som vill höja sitt pris mer än vad index medger. För att kunna upptäcka dylika höjningar är det viktigt att löpande följa upp avtalen med avseende på priset. På samma sätt är det viktigt att följa upp orsakerna till att anbudspris och slutligt utbetalt belopp skiljer sig åt.

Uppföljning av kvalitetskrav

En helt annan typ av uppföljning handlar om att följa upp att leverantörerna levererar i enlighet med de krav som ställts i förfrågningsunderlaget och som ligger till grund för det avtal som ingåtts. Samtidigt som det uppenbart är så att uppföljningen av avtalen ofta är dålig arbetar många upphandlande myndigheter och enheter ambitiöst med att utveckla formerna för sin uppföljningsverksamhet. Det sker också en hel del utvecklingsarbete centralt genom bland annat SKL:s och Kammarkollegiets försorg.

Denna typ av uppföljning kan ske på en rad olika sätt. När det gäller varor är det förstået mest grundläggande att den upphandlande myndigheten eller enheten bockar av att varorna ifråga har levererats, att det är rätt saker, att de är felfria m.m. Garantiåtaganden m.m. enligt avtalet är också ganska enkla att följa upp. När det gäller tjänster är det svårare, speciellt sådana som utförs kontinuerligt och vänder sig direkt till brukare. Det ska dock sägas att det finns tjänster som är relativt okomplicerade att följa upp och där dessutom uppföljningen i en viss mening sköter sig själv. Gräsklippning eller snöröjning, två tjänster som ofta bedrivs på entreprenad, är sådana exempel. Här går det relativt enkelt att avgöra huruvida leverantören utfört uppdraget i enlighet med kontraktet. Beställaren kan också många gånger dra nytta av allmänheten som kommer att klaga om tjänsten uteblir eller kommer försent.

För andra tjänster är det mer komplicerat, inte minst eftersom mottagaren av tjänsten i många fall inte torde känna till vilka krav som ställts på tjänstens utförande. Då någon representant för beställaren många gånger inte är närvarande när tjänsten produceras finns det ingen objektiv grund för att avgöra om kontraktsvillkoren är uppfyllda eller inte. I dylika fall måste ofta uppföljningen ske indirekt och på olika sätt. Ett sätt är att följa upp att leverantören följer fastlagda arbetsrutiner i ett kvalitetsuppföljningssystem. Ett annat är att använda brukarundersökningar. Ett tredje är att följa upp indikatorer på tjänstens kvalitet, som t.ex. fallskador i äldreomsorgen m.m.

3.4.5 Utredningens slutsatser

I detta avsnitt sammanfattas utredningens iakttagelser och bedömningar rörande hur de upphandlande myndigheternas och enheternas uppföljning kan förbättras.

Uppföljning och utvärdering är generellt sett ett eftersatt område – offentlig upphandling är inget undantag

Utredningen börjar med frågan varför kontraktsuppföljning och utvärdering inte sker i den omfattning som enligt utredningens uppfattning skulle vara önskvärd. Ett första konstaterande är att

detta inte är något unikt för svensk offentlig upphandling eller ens upphandling. I Dombergers bok *The Contracting Organization – A Strategic Guide to Outsourcing*, som behandlar utkontraktering av tjänster i såväl privat som offentlig sektor kan man t.ex. läsa följande från den amerikanska myndigheten the General Accounting Office angående konkurrensutsättningar av offentlig verksamhet “Tjänstemännen ... sa att kvalitetsuppföljning var den svagaste länken i deras upphandlingsprocess”⁶⁴. Uppföljning är således en aktivitet som ofta kommer i skymundan och som görs i begränsad omfattning. Det finns sannolikt flera olika orsaker till det. En har nog att göra med människans natur. Det är i de allra flesta fall både mer intressant att planera för och faktiskt göra saker än att i efterhand aktivt vidta åtgärder för att se hur det hela föll ut. Därtill är det så att många gånger kommer återkoppling på vad man gör mer eller mindre automatiskt, så att i en viss mening kan uppföljningen anses överflödig; antingen fungerar något som det är tänkt eller så gör inte det. Kort sagt används en *trial and error-process* som dock vare sig är en särskilt pålitlig eller effektiv lärare.

En annan möjlig orsak är att den ansvarige beslutsfattaren inte nödvändigtvis är särskilt intresserad av att veta huruvida den åtgärd, det projekt, det beslut etc., som fattats och genomförts faktiskt leder till önskat resultat. Det finns inte sällan en övertygelse om att det projekt som, efter mycket planering, tid och ansträngningar, satts i sjön kommer att leda till avsett resultat. Den senare förklaringen stämmer förmodligen väl in på en hel del av den upphandling som offentlig sektor bedriver.

Utredningens bild av den situation som råder ute på många upphandlingsfunktioner i de upphandlande myndigheterna och enheterna är att många enheter är hårt belastade och har svårt att hinna med att genomföra de upphandlingar som behöver göras. Stor möda läggs ner på utformningen av t.ex. förfrågningsunderlaget, inte minst i syfte att göra rätt ur ett juridiskt perspektiv så att överprövningar kan undvikas. Utredningens bedömning är således att bristen på uppföljning är en kombination av att uppföljning rent allmänt tillhör en kategori aktiviteter som ofta kommer i andra hand och en brist på resurser. Det finns sannolikt ingen enkel lösning på uppföljningsbristproblemet. Mycket tyder dock på att frågan hamnat högre upp på dagordningen i många upphandlande myndigheter och enheter än tidigare. Utan insikt om betydelsen av att få

⁶⁴ S. Domberger, *The Contracting Organization – a strategic guide to outsourcing*, Oxford University Press 1998.

till stånd bättre uppföljning är det osannolikt att mer resurser kommer att skjutas till.

Uppföljningens organisering är central i sammanhanget, samtidigt som ingen given bästa modell existerar

Enligt utredningens uppfattning brottas många upphandlande myndigheter och enheter med frågan hur de ska organisera uppföljningen. Ska den genomföras av den enhet som gjort själva uppföljningen eller ska den göras av personer ute i de berörda verksamheterna? Eller ska det vara en kombination? Frågan har inget enkelt svar.

En fördel med att låta den upphandlingsansvariga enheten svara för uppföljningen är att de i detalj vet hur avtalsvillkoren ser ut och därmed vet vilka insatser och prestationer som krävs av leverantörerna. Nackdelarna med denna lösning är att inköpsfunktionerna redan i dag många gånger är överbelastade. Därtill är deras kunskap om det som faktiskt levereras begränsad – de sitter ju inte ute i verksamheterna dit de beställda varorna och tjänsterna levereras respektive tillhandahålls.

En fördel med att låta verksamhetsansvariga svara för uppföljningen är att de oftast är mottagare av de produkter som tillhandahålls av leverantörerna eller har ett ansvar för att brukarna får de beställda tjänsterna. De har därmed en bättre möjlighet att bedöma huruvida de levererade produkter håller hög kvalitet eller inte. Nackdelen är att de kanske inte har kunskap om avtalsvillkoren.

Mot bakgrund av ovanstående ligger lösningen sannolikt i någon variant av det tredje alternativet: uppföljning i form av avstämningsmöten med leverantörerna som sker i samverkan mellan upphandlingsfunktionen och verksamheterna. Hur detta ska gå till i detalj finns förmodligen det många varianter på. En intressant lösning som flera av upphandlande myndigheter talar sig varma för är att upphandlingsfunktionen är indelad i olika produktgrupper eller kategorier. En eller flera upphandlare specialiserar sig då på en eller flera produktgrupper där avtalsvård av tecknade kontrakt är en viktig del. De stora upphandlingsmyndigheterna går ofta ännu längre i denna specialisering då de har funktioner som enbart arbetar med avtalsvård, s.k. avtalscontrollers.

Viktigt att dokumentera uppdagade brister i avtalsefterlevnaden under kontraktstiden, att bristerna direkt påtalas till leverantören och att en beredskap för att hantera upprepade avtalsbrott finns

Ett viktigt syfte med att följa upp leverantörens prestationer är att skaffa sig information om hur uppdraget sköts. Det är viktigt att uppdagade brister direkt påtalas till leverantören så att åtgärder kan vidtas. Det är också viktigt att dokumentera bristerna. En leverantör som upprepade gånger påvisats med att inte leva upp till ställda kvalitetskrav kan ifrågasättas ur lämplighetssynpunkt. Som framgick i avsnitt 3.4 innebär direktivförslagen ökade möjligheter att utesluta en leverantör som tidigare misskött sig från kommande upphandlingar. För att kunna göra det krävs att grunden för missnöjet, de återkommande avtalsbrotten och påföljderna, finns dokumenterade så att de kan åberopas. Därvid är det viktigt att upphandlande myndigheter och enheter har en beredskap för att hantera det fall att en leverantör trots påtalade brister inte bättrar sig utan fortsätter att underprestera.

Minst lika viktigt att följa upp den interna inköpsverksamheten som att följa upp leverantörerna

I diskussionen kring den bristande uppföljningen i offentlig upphandling ligger fokus på att följa upp att leverantörer och externa utförare lever upp till ställda krav och att de levererade produkterna håller önskvärd kvalitet. Detta är viktigt. Samtidigt ska man inte glömma bort vikten av att de upphandlande myndigheterna och enheterna har en god överblick över de egna inköpen, kanske framför allt avseende köptroheten mot upphandlade ramavtal.

Elektroniska verktyg kommer att underlätta uppföljningen i offentlig upphandling

Som redan nämnts pågår i den svenska offentliga sektorn en utveckling mot att alltmer av den offentliga upphandlingen och inköpen sker på elektronisk väg. Detta har flera vinster, vilket diskuteras närmare i avsnitt 3.7, varav en är att de upphandlande myndigheternas och enheternas uppföljning kommer att underlättas. Det gäller framför allt den ekonomiska uppföljningen av

inköpsmönster, avtalstrohet m.m. Men det kommer även att underlätta uppföljningen av leverantörernas arbete. Därtill kommer att systemleverantörerna arbetar med att utveckla systemstöd för just avtalsuppföljning.

Inte enkelt att få till en fungerande uppföljning

Det är enligt utredningens uppfattning viktigt att inse att uppföljning kräver eftertanke och kunskap. Att i efterhand mäta huruvida en levererad vara eller tjänst lever upp till fastställda krav är sällan enkelt. En första svårighet är, som nämndes i avsnittet om kvalitet, att formulera de krav eller kriterier som ska uppfyllas på ett tillräckligt precist sätt så att det i efterhand går att avgöra om kraven uppfyllts eller inte. Ju mer detaljerat och precist de önskvärda egenskaperna kan formuleras, desto lättare blir det att bedöma om den färdiga produkten har dem.

Nästa svårighet har att göra med själva mätningen av kvalitet. En grundläggande förutsättning för en kvalitetsmätning är att det faktiskt är fysiskt möjligt att mäta det man vill mäta. Detta är inte givet utan varierar från produkt till produkt och från egenskap till egenskap. Vissa egenskaper går relativt enkelt att mäta på ett precist och entydigt sätt. För att andra är det väsentligt svårare. I det fall flera egenskaper tillsammans bidrar till att skapa en god kvalitet, men där en egenskap är enklare att mäta än en annan, kompliceras kvalitetsmätningen betydligt. Risken är uppenbar att verksamheten kommer att styras i riktning mot det mätbara.

Viktigt att se upp med oförutsedda och negativa effekter av kvalitetsuppföljningar och utvärderingar

Som nämndes i det föregående är kvalitetsuppföljningar och utvärderingar inte alltid oproblematiska. Förutom de olika mätproblem som ofta finns och som påverkar mätningarnas tillförlitlighet finns alltid en risk att resultatet av uppföljningen används på sätt som ger upphov till oönskade effekter. I allmänhet ligger resultatet av en kvalitetsuppföljning till grund för någon form av styrning. Typiskt sett har ett eller flera mätbara krav för tillhandahållandet av en vara eller tjänst formulerats vars uppfyllnad sedan följs upp genom mätning av något slag. Positiv måluppfyllnad, dvs. att de uppsatta kraven tillgodoses, leder till någon form av belöning

medan det motsatta leder till negativ återkoppling, t.ex. att ett vite utgår. Detta är inte problematiskt, utan kan tvärtom skapa drivkrafter till ett gott arbete. Problemen uppstår när målstyrningen är ensidig och ger upphov till negativa och oväntade bieffekter.

I många verksamheter är målen flerdimensionella och består av flera olika komponenter. Många gånger är vissa krav och mål enklare att mäta än andra med följderna att styrningen tenderar att inriktas på dessa snarare än på de mål som är besvärligare att mäta. En konsekvens kan bli att arbetet i för stor utsträckning inriktas på att klara av de mål som följs upp med negativa bieffekter för de mål som är svårare att mäta.

Den bästa uppföljningen får inte bli den goda uppföljningens fiende

Att det ibland kan vara svårt att få till stånd en fungerande uppföljning utan negativa styreffekter får dock inte tas till intäkt för att inte följa upp – den ideala uppföljningen får inte bli den goda uppföljningens fiende. Utredningens uppfattning är att många upphandlande myndigheter och enheter bör prioritera att överhuvudtaget genomföra uppföljningar av t.ex. ställda miljö- och andra krav. I dagsläget när uppföljning verkar ske endast i begränsad omfattning är det viktigare att den kommer till stånd än att den är sofistikerad. Utredningen anser att avstämningsmöten där upphandlande enhet, verksamhetsansvariga och leverantör träffas och går igenom hur leveranserna fungerar, huruvida man levererar det som är överenskommet, diskuterar eventuella avvikelser och problem m.m. räcker långt. Att regelmässigt få till stånd detta bedöms ha en mycket stor positiv effekt på dialogen mellan upphandlande myndigheter och leverantörer, ge kunskap som kommer att leda till väsentligt bättre upphandlingar längre fram etc.

3.5 Inköpssamverkan

Sedan många år existerar olika former av samverkan mellan upphandlande myndigheter och enheter när det gäller inköp av varor och tjänster. En del samverkan är formaliserad och sker kontinuerligt, t.ex. den verksamhet som Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet bedriver för stat och kommun eller SKL Kommentus

Inköpscentral för kommunsektorn. Annan samverkan sker lokalt och är inte sällan av mer tillfällig karaktär. Oavsett form är dock de grundläggande motiven för inköpssamverkan i princip desamma. För det första kan de deltagande myndigheterna genom inköpssamverkan – genom större volymer – i regel uppnå bättre inköpsvillkor än vad som är möjligt på egen hand. För det andra innebär samordningen av inköpen att transaktionskostnaderna reduceras. I stället för att varje myndighet ska genomföra egna upphandlingar genomförs ett fåtal större upphandlingar, något som avsevärt bidrar till att minska kostnaderna. Sist men inte minst höjs vanligtvis kompetensnivån genom att den tillgängliga kompetensbasen ökar, vilket bidrar till högre kvalitet, större möjligheter att beakta miljöhänsyn och ställa sociala krav etc. Det gäller i synnerhet den samverkan som sker i form av inköpscentraler där professionalismen och kompetensen i regel är hög. Sammantaget innebär detta att inköpssamverkan kan medföra avsevärda fördelar för upphandlande myndigheter och enheter.

För att realisera denna potential är det viktigt att de upphandlande myndigheterna och enheterna ser på frågan om inköpssamverkan ur ett strategiskt perspektiv. Vilka varor och tjänster är lämpliga för inköpssamverkan och vilka bör man upphandla på egen hand? Vilken form bör inköpssamverkan ta? Hur behåller man egen beställarkompetens samtidigt som man samverkar med andra? Hur undviker man att leverantörsmarknaderna koncentreras till följd av de större upphandlingar som inköpssamverkan innebär? Detta är exempel på frågor som bör hållas i minnet när myndigheterna lägger fast sina respektive upphandlingsstrategier där inköpssamverkan är en av flera viktiga frågor att ställning till. Spörsmål om inköpssamverkan involverar även strategiska ställningstaganden på makronivå, dvs. för regering, riksdag men också för Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). En helt central fråga är till exempel hur förutsättningar skapas för att den inköpssamverkan som sker på nationell nivå ska kunna generera maximala besparingar för offentlig sektor, vilket är själva poängen med att ha denna typ av arrangemang.

I det här avsnittet diskuteras dessa och andra frågor som relaterar till inköpssamverkan i offentlig sektor. Avsnittet inleds med beskrivning av gällande rätt rörande upphandlande myndigheters och enheters samverkan genom inköpscentraler, men också de kommande direktförslagen på området. Därefter beskrivs och diskuteras den nationella eller rikstäckande inköpssamverkan som

för närvarande bedrivs via de två nationella inköpscentralerna Statens Inköpscentral respektive SKL Kommentus Inköpscentral. Här görs också en begränsad europeisk utblick över liknande arrangemang i andra länder, med fokus på Danmark och Finland som under den senaste 10-årsperioden byggt upp mycket väl fungerande nationella inköpscentraler. I nästföljande avsnitt görs motsvarande genomgång av den lokala och regionala inköpssamverkan som bedrivs i svenska kommuner och landsting. Efter det beskrivs de nya möjligheter till gränsöverskridande inköpssamverkan som direktivförslagen innebär, vilket är en helt ny företeelse. Avsnittet avslutas med utredningens överväganden och förslag.

3.5.1 Gällande rätt om inköpssamverkan

Inköpssamverkan genom inköpscentraler

En hel del av den inköpssamverkan som numera äger rum i Sverige och resten av Europa sker i form av s.k. inköpscentraler. Såväl det klassiska direktivet som försörjningsdirektivet innehåller för medlemsstaterna frivilliga regler om inköpssamverkan genom inköpscentraler. Dessa bestämmelser genomfördes, åtminstone delvis, i LOU och LUF den 15 juli 2010.⁶⁵ I korthet innebär de att begreppet inköpscentral definieras samt att en upphandlande myndighet eller enhet som anskaffar varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral anses ha följt tillämpligt direktiv, dvs. under förutsättning att inköpscentralen följt direktivens bestämmelser.⁶⁶

Enligt det klassiska direktivet är en inköpscentral en upphandlande myndighet som

- Anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter (*grossistfunktionen*), eller
- Genomför offentlig upphandling (*ombudsfunktionen*) eller ingår ramavtal (*ramavtalsfunktionen*) om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.

I försörjningsdirektivet definieras begreppet på ett likartat sätt. Endast upphandlande myndigheter, enligt definitionen i något av

⁶⁵ 2 kap. 9 a § och 4 kap. 22 § LOU respektive 2 kap. 9 a § och 4 kap. 4 § LUF.

⁶⁶ Artiklarna 1.10 och 11.2 i det klassiska direktivet och artiklarna 1.8 och 29.2 i försörjningsdirektivet.

upphandlingsdirektiven⁶⁷, och därmed inte upphandlande enheter får ikläda sig rollen som inköpscentral. Privata företag som är upphandlande enheter – men inte upphandlande myndigheter – kan alltså inte vara inköpscentraler.

Enligt den svenska tolkningen av upphandlingsdirektiven kan inköpscentraler ha tre olika funktioner som här benämns grossist-, ombuds- respektive ramavtalsfunktionen.

Grossistfunktionen innebär att inköpscentralen upphandlar, ev. lagerhåller och vidareförsäljer varor och tjänster till andra upphandlande myndigheter. Denna möjlighet har dock inte genomförts i LOU. Regeringen angav att grossistfunktionen inte verkade förekomma i Sverige och ansåg därmed att det inte fanns något behov att reglera möjligheten.⁶⁸ Till grund för ställningstagandet låg Statskontorets rapport *Offentliga inköpscentraler i Sverige?* och en departementspromemoria⁶⁹ i vilken frågan hade behandlats och även remitterats.

Ombudsfunktionen innebär att inköpscentralen medverkar i en upphandling som ombud åt flera andra upphandlande myndigheter eller enheter. I dessa fall resulterar upphandlingen i att kontrakt tilldelas eller ramavtal ingås av de upphandlande myndigheter eller enheter som är huvudmän för inköpscentralen. Lagtexten anger att ombudsrollen ska avse flera andra upphandlande myndigheter eller enheter. Begreppet inköpscentral inkluderar således inte ombudsmannaskap endast för en enstaka myndighet eller enhet.⁷⁰

Den tredje uppgiften – ramavtalsfunktionen – innebär att inköpscentralen själv ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster men där dessa är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter. Efter att ramavtalet ingåtts är det således möjligt för de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar inköpscentralen att avropa enligt ramavtalet. En viktig frågeställning beträffande inköpscentraler är vilken aktör som är ansvarig för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och vem som är part i en eventuell överprövning eller mål om skadestånd. Enligt regeringens bedömning är inköpscentraler som tagit på sig ramavtalsrollen ansvariga och part vid en eventuell domstolsprövning. Det är således inköpscentralen som ansvarar för att upphandlingen av ramavtalet genomförs i enlighet med lagstift-

⁶⁷ Upphandlande myndighet enligt definitionen i artikel 2.1 a i försörjningsdirektivet eller artikel 1.9 i det klassiska direktivet.

⁶⁸ Propositionen Nya rättsmedel på Upphandlingsområdet, 2009/10:180, s. 263 f.

⁶⁹ Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, Ds 2009:30.

⁷⁰ Propositionen Nya rättsmedel på Upphandlingsområdet, 2009/10:180, s. 263.

ningen. Vid förnyad konkurrensutsättning, inför tilldelning av kontrakt inom ramavtalet, är det däremot den avropande myndigheten som är ansvarig för att den sker med iakttagande av aktuella bestämmelser. Det är således denna myndighet som blir part i en eventuell överprövning eller skadeståndsmål.⁷¹ Den s.k. OFUKI-utredningen⁷² anger att en upphandlande myndighet eller enhet som vill använda en inköpscentralens ramavtalsfunktion i princip endast har att fatta erforderligt internt beslut om detta och att ingå avtal därom med inköpscentralen. Några formella krav på vad ett sådant avtal ska innehålla finns emellertid inte.⁷³

Om inköpscentralen i stället ikläder sig ombudsrollen, är den myndighet som anlitar inköpscentralen ansvarig för att bestämmelserna iakttas.⁷⁴ OFUKI-utredningen konstaterar att även om ombudsrollen innefattar samtliga åtgärder i ett upphandlingsförfarande, inklusive avtalstecknandet, görs åtgärderna i uppdragsgivarnas namn. Utredningen konstaterar vidare att det också är inköpscentralens uppdragsgivare som blir motparter i den mån en leverantör väcker talan med anledning av upphandlingen.⁷⁵

3.5.2 Direktivförslagen om inköpsamverkan

Upphandlingsutredningen redogör i det följande för de föreslagna upphandlingsdirektiven i de delar som de reglerar inköpsamverkan.⁷⁶ Läsaren bör uppmärksammas på att innehållet i de aktuella bestämmelsernas var föremål för förhandlingar när detta betänkande gick i tryck. Den s.k. Genomförandeutredningen⁷⁷ har dock uppdraget att lämna förslag på hur bestämmelserna om inköpsamverkan kan genomföras i svensk lagstiftning.

⁷¹ Propositionen Nya rättsmedel på Upphandlingsområdet, 2009/10:180, s. 264 ff.

⁷² Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn, Fi 2009:08.

⁷³ Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor, SOU 2011:43, s. 600.

⁷⁴ Propositionen Nya rättsmedel på Upphandlingsområdet, 2009/10:180, s. 264 ff.

⁷⁵ Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor, SOU 2011:43, s. 601.

⁷⁶ Utredningen utgår från Konkurrenskräftrådets överenskommelse från den 10–11 december 2012 som avser det klassiska upphandlingsdirektivet. Upphandlingsutredningen har även beaktat det betänkande som Europaparlamentets ansvariga utskott för inre marknads- och konsumentfrågor (IMCO) lämnat, daterat den 11 januari 2013, i anledning av det klassiska direktivförslaget. Beträffande förslaget till reviderat försörjningsdirektiv utgår utredningen från Konkurrenskräftrådets överenskommelse från den 10–11 december 2012 och IMCOs betänkande, daterat 7 februari 2013.

⁷⁷ Utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09).

Direktivförslagen avser att närmare reglera inköpscentralernas nationella verksamhet och ansvar. De omfattar nya bestämmelser om de upphandlande myndigheternas och enheternas ansvar i samband med tillfällig inköpssamverkan inom medlemsstaten samt regler som ska underlätta gränsöverskridande inköpssamverkan av både permanent och tillfälligare art.

Förslagen som avser inköpscentraler och deras verksamheter inom medlemsstaten

Det konstateras i förslagen att medlemsstaterna använder *centrala inköpstekniker* i ökande omfattning. Inköpscentraler ansvarar för anskaffningar, hanterar dynamiska inköpssystem eller tilldelar kontrakt eller ramavtal för andra upphandlande myndigheters eller enheters räkning. Dessa tekniker kan, vid upphandling av större volymer, både öka konkurrensen och professionalisera upphandlingen.⁷⁸ I sammanhanget är det angeläget att beakta små och medelstora företags möjligheter att delta i dessa upphandlingar.⁷⁹

De föreslagna definitionerna av inköpscentraler och deras verksamhet har fått en något annorlunda utformning men någon ändring i sak verkar inte vara avsikten. Inköpscentraler får enligt båda direktivförslagen alltjämt ta på sig grossist-, ombuds- och ramavtalsfunktionerna. Dessa benämns *centraliserade inköpsverksamheter*. Nytt är att det klargörs att inköpscentralerna får ta på sig något utredningen benämner *inköpsstödsverksamheter*.⁸⁰ Med detta avses verksamheter som t.ex.

- tillhandahållande av teknisk infrastruktur som möjliggör för upphandlande myndigheter eller enheter att tilldela upphandlingskontrakt eller ingå ramavtal för byggentreprenader, varor eller tjänster,
- rådgivning om genomförandet eller projektering av upphandlingsförfaranden, samt
- förberedande och administration av upphandlingsförfaranden på den upphandlande myndighetens vägnar och för denne.

⁷⁸ Skäl 24 i det klassiska direktivförslaget och skäl 32 i förslaget till försörjningsdirektiv.

⁷⁹ Tillägg från Europaparlamentets ansvariga utskott, Utskottet för inre marknaden och konsumentskydd, 2011/0438(COD).

⁸⁰ Artiklarna 1.16 till 1.18 i det nya klassiska direktivet.

Upphandlingsdirektiven gäller inte när upphandlande myndigheter tilldelar centraliserade inköpsverksamheter till en inköpscentral. Tjänsten behöver således inte upphandlas. Undantaget gäller enligt förslagen även inköpsstödverksamheter förutsatt att inköpscentralen tillhandahåller dem i samband med centraliserade inköpsverksamheter.⁸¹ I övriga situationer ska inköpsstödverksamheterna upphandlas i enlighet med direktiven.

Nytt är också att direktiven föreslås tydliggöra ansvarsförhållandena mellan inköpscentralen och de avropande upphandlande myndigheterna eller enheterna.⁸² Det framgår att den avropande myndigheten eller enheten bär ansvar för de delar som den själv utför. Som exempel anges i båda direktivförslagen att den avropande myndigheten eller enheten ansvarar för att lagstiftningen följs när den genomför en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal som en inköpscentral ingått. Ansvarsfördelningen stämmer således i denna del väl med den som gäller enligt nuvarande LOU och LUF, dvs. när inköpscentralen ikläder sig ramavtalsrollen (se avsnitt 3.5).

Det är alltjämt frivilligt för medlemsstaterna att införa bestämmelserna om inköpscentraler. Medlemsstaterna får enligt förslagen därtill besluta att vissa upphandlingar obligatoriskt ska ske genom en inköpscentral.

Förslagen om tillfällig gemensam upphandling inom medlemsstaten

Gemensam upphandling kan bestå i exempelvis framtagande av gemensamma tekniska specifikationer för varor och tjänster, som ska upphandlas av ett antal upphandlande myndigheter alternativt enheter som var för sig därefter genomför en egen upphandling. Den kan också avse ett gemensamt genomförande av (en) upphandling eller att en upphandlande myndighet alternativt enhet anförtros att genomföra upphandlingen för samtligas räkning.

Medlemsstaterna får enligt förslagen i nationell lagstiftning möjliggöra för två eller flera upphandlande myndigheter att genomföra vissa specifika upphandlingar gemensamt. Detsamma gäller för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna.⁸³ Detta får

⁸¹ Skäl 24 a i det klassiska direktivförslaget och 32 a i förslaget till försörjningsdirektiv.

⁸² Artikel 35 i det klassiska direktivförslaget och 49 i förslaget till försörjningsdirektiv.

⁸³ Artikel 37 i det klassiska direktivförslaget och 51 i förslaget till försörjningsdirektiv.

enligt Upphandlingsutredningen anses utgöra en kodifiering av den praxis som sannolikt redan i dag råder i de flesta medlemsländerna.

Bestämmelsen tydliggör ansvarsförhållandena mellan de samverkande upphandlande myndigheterna alternativt enheterna. Om upphandlingen i sin helhet eller delvis genomförs i *samtliga* myndigheters, alternativt enheters namn eller för deras räkning, ska dessa vara gemensamt ansvariga för att upphandlingsdirektiven efterlevs. Vice versa är varje enskild upphandlande myndighet alternativt enhet ansvarig för de delar som den genomför i sitt eget namn eller för egen räkning.

3.5.3 Nationell inköpssamverkan

Nationell inköpssamverkan är varken någon ny företeelse eller något som är avgränsat till Sverige. Tvärtom har nationell inköpssamverkan inom staten och kommunerna pågått under flera decennier. Det är också – vilket påpekas i direktivförslagen – vanligt i övriga Europa där ett typiskt arrangemang är att offentliga, icke-vinstdrivande bolag upphandlar ramavtal för vissa varor och tjänster, avtal som kan användas av hela eller delar av den offentliga sektorn. Juridiskt har, som framgick i det föregående, dessa enheter formen av inköpscentraler. I det följande beskrivs denna praxis närmare.

Nationell inköpssamverkan i Sverige

Den statliga inköpssamordningen

Den nationella inköpssamverkan som äger rum inom staten har en lång tradition och har pågått åtminstone sedan början av 1970-talet. Längre hade den karaktären av inköpssamordning där myndigheter med stor egen anskaffning lät andra myndigheter göra inköp via deras upphandlade avtal som i mångt och mycket påminner om dagens ramavtal. Över tid etablerades ett system med tiotalet s.k. ramavtalsansvariga myndigheter och en samordningsansvarig myndighet som innebar att ramavtal existerade för ett stort antal produkter. Genom införandet av förordningen om statlig inköpssamordning (1998:796) uppmanades myndigheterna formellt att använda de statliga ramavtalen. Det stadgas att för varor och tjänster som myndigheterna upphandlar ofta, i stor omfattning eller som uppgår till stora värden ska det finnas ramavtal eller andra gemensamma

avtal som effektiviserar upphandlingarna. Syftet med denna inköps-samordning var och är att effektivisera de statliga myndigheternas anskaffning och därigenom åstadkomma besparingar för staten.

Regeringen gav 2008 Statskontoret i uppdrag att se över den statliga inköpssamordningen. Bakgrunden till översynen var bland annat en tveksamhet om systemet verkligen genererade de önskvärda besparingarna. Statskontoret drog den övergripande slutsatsen att den statliga inköpsamordningen med största sannolikhet genererade betydande besparingar för staten – både i form av lägre priser och minskade transaktionskostnader – men att verksamhetens organisering med ramavtalsansvariga myndigheter inte längre var ändamålsenlig och att rationaliseringspotentialen därför inte till fullo kunde exploateras. Man föreslog därför att verksamheten skulle koncentreras till en organisatorisk enhet, en statlig inköpscentral, vars uppgift skulle vara att upphandla och förvalta de statliga ramavtalen. Förebilder var här bland annat de nationella inköpscentralerna Hansel i Finland och SKI i Danmark. Regeringen beslutade i maj 2010 att i enlighet med Statskontorets förslag att organisera om verksamheten och bilda Statens inköpscentral, som lokaliseras till Kammarkollegiet. Beslutet innebar att ramavtalsverksamheten vid tio ramavtalsansvariga myndigheter samordnades i en organisation.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet

Inköpscentralens uppdrag är att upphandla och förvalta ramavtal för statliga myndigheter för varor och tjänster som myndigheterna upphandlar ofta, i stor omfattning eller som uppgår till stora värden. Inom området it och telekommunikation gäller uppdraget hela den offentliga förvaltningen, dvs. även kommuner och landsting. Syftet är liksom tidigare att åstadkomma besparingar åt den statliga och, i förekommande fall, den kommunala sektorn. Särskild hänsyn ska tas till små och medelstora företags möjligheter att delta i ramavtalen. I dag arbetar ett 50-tal personer på inköpscentralen som finansieras med avgifter som tas ut av leverantörerna på basis av försäljningens storlek. Statliga ramavtal finns i dag inom ett 60-tal produktområden. Det finns cirka 1 100 ramavtal, som presenteras i en sökbar databas på avropa.se. Den totala försäljningen på dessa avtal uppgår årligen till cirka 10–11 miljarder kronor. Antalet leverantörer uppgår till drygt 700, som i sin tur anlitar cirka 2 000

återförsäljare. Den absoluta merparten av ramavtalsleverantörerna, cirka 84 procent, utgörs av företag med färre än 200 anställda. Vidare är andelen små företag – dvs. företag med färre än 50 anställda – leverantörer knappt 50 procent (se kapitel 9). Enligt tidigare nämnda förordning om statlig inköpssamordning ska alla statliga myndigheter som lyder under regeringen använda de ramavtal som ingås av Statens inköpscentral. Myndigheterna har dock möjlighet att genomföra anskaffningen på egen hand, vilket de i så fall måste meddela Statens inköpscentral genom en s.k. avstegsanmälan. Utöver de myndigheter som lyder under regeringen har andra statliga organ möjlighet att använda de statliga ramavtalen. De måste därvid anmäla intresse till inköpscentralen så att det av förfrågningsunderlaget framgår vilka myndigheter som har möjlighet att avropa från avtalen.

Utredningens bedömning är att den statliga ramavtalsverksamheten genom inrättandet av Statens inköpscentral fått väsentligt bättre förutsättningar att verka än tidigare och kunna realisera den besparingspotential som ligger i inköpssamordningen. Fokus ligger inte bara på den del av upphandlingsprocessen som sträcker sig fram till att ramavtalen ingås utan också på förvaltning av avtalen och uppföljning. Vidare görs regelbundet analyser av leverantörsmarknadsstrukturen med mera, bland annat för att se till att de mindre företagens möjligheter att konkurrera inte försämras. Regeringens reformering av den statliga inköpssamordningen har med andra ord av allt att döma varit framgångsrik och mycket talar för att verksamheten kommer att fortsätta att utvecklas positivt. Flera intressanta aktiviteter som inkluderar t.ex. miljökrav och sociala krav, innovationsupphandling och upphandling av s.k. molntjänster rörande kontorsstöd är på gång. Utredningen anser emellertid att ytterligare positiv utväxling skulle kunna åstadkommas genom följande åtgärder:

1. ett förtydligande av Statens inköpscentrals mandat att bistå de upphandlande myndigheterna och enheterna med stöd i avropsprocessen, och
2. en skärpning av villkoren i samband med de statliga myndigheternas avstegsanmälan.

Avseende den förstnämnda punkten upplever inköpscentralen i dag en osäkerhet rörande möjligheten att bistå myndigheterna med stöd i avropsprocessen, framför allt i samband med förnyad

konkurrensutsättning. Denna situation är enligt utredningens uppfattning olycklig. Det borde vara en självklar del i inköpscentralens uppdrag att se till att de upphandlande ramavtalen används i största möjliga mån och på bästa möjliga sätt eftersom besparingspotentialen då maximeras. Det är ett faktum att reglerna kring hur avrop ska göras när förnyad konkurrensutsättning används många gånger uppfattas som svåra att tillämpa. Det säger sig självt att den part som är bäst skickad att effektivt bistå myndigheterna i detta är den som upphandlat själva ramavtalen och därför är insatt i alla detaljer, dvs. Statens inköpscentral. För att understryka detta kan det påtalas att för Hansel och SKI samt SKL Kommentus Inköpscentral är det en självklar arbetsuppgift att bistå de upphandlande myndigheterna och enheterna med råd och stöd i samband med avrop på avtalen. Såvitt utredningen kan bedöma så finns inga juridiska hinder mot ett sådant stöd. Direktivförslagets bestämmelser om inköpsstödstjänster talar snarast för att dylika tjänster får tillhandahållas. Utredningen föreslår därför att regeringen förtydligar att Statens inköpscentral vid behov ska kunna ge detta stöd.

Gällande den andra punkten bedömer utredningen att upphandlande myndigheter och enheter i dag alltför lättvindigt kan göra avsteg från de statliga ramavtalen. I linje med utredningens uppfattning att upphandlingsfrågorna måste få en väsentligt mer framskjuten position inom de statliga myndigheterna anser utredningen att en myndighets beslut, om att inte använda de statliga ramavtalen, bör förankras i myndighetens ledning. Att genomföra anskaffningen på egen hand, med de högre transaktionskostnader som då följer, bör vara ett genomtänkt ställningstagande där fördelarna med att använda det statliga ramavtalet vägs mot eventuella nackdelar i det enskilda fallet. Samtidigt vill utredningen betona att en dylik skärpning av formerna för en avstegsanmälan inte innebär att avsteg inte ska kunna göras. Tvärtom är det viktigt att det är möjligt för myndigheterna att kunna göra avsteg. På så sätt föreligger ett incitament för inköpscentralen att upphandla attraktiva avtal. Gör man användningen av ramavtalen obligatorisk får inköpscentralen en monopolställning, vilket sällan är av godo för drivkrafterna att kontinuerligt leverera tjänster av hög kvalitet. Det som utredningen vill klargöra genom en skärpning av villkoren för avstegsanmälan är vikten av att de upphandlande myndigheterna ser på frågan ur ett strategiskt perspektiv.

Nationell inköpscentral för kommuner, landsting och deras bolag

Verksamheten inom Statens inköpscentral kan sägas ha en direkt motsvarighet i den kommunala sektorn via de samordnade upphandlingar som genomförs av SKL Kommentus Inköpscentral. Precis som på den statliga sidan har det under många år funnits en centralt organiserad kommunal inköpssamordning av vissa varor och tjänster. Fram till den 31 december 2010 bedrevs denna verksamhet inom ramen för Kommentus AB, ett aktiebolag som ägdes gemensamt av SKL samt 256 av Sveriges kommuner. Den huvudsakliga verksamheten för bolaget var att genomföra samordnade upphandlingar av ramavtal för kommuner, landsting och dess bolag. Den bärande tanken var att åstadkomma kvantitetsrabatter, funktionalitet och miljöanpassning. En del av verksamheten bestod dock av tjänster av konsultativ karaktär som erbjöds till enskilda kommuner, landsting m.fl. rörande rådgivning, support, marknadsbevakning, avtalsvård, pridförhandlingar etc.

Den 1 januari 2011 renodlades verksamheten genom att SKL Kommentus Inköpscentral (SKI) bildades som uteslutande arbetar med samordnad upphandling. SKI genomför samordnade upphandlingar på två sätt. Dels genom att göra egna centrala ramavtal, i eget namn, för intresserade upphandlande myndigheter, och dels genom att medverka som ombud åt flera upphandlande myndigheter på lokal nivå. Med andra ord arbetar SKI på ett bredare sätt än Statens inköpscentral som enbart ägnar sig den förstnämnda uppgiften. Den konsultativa verksamheten bedrivs numera inom ramen för Affärsconcept AB, ett bolag som även det ägs av SKL. För närvarande arbetar ett 30-tal anställda på SKI som är lokaliserat till Stockholm och Malmö. I likhet med Statens inköpscentral finansieras verksamheten med avgifter som tas ut på leverantörernas försäljning på ramavtalen.

SKI:s samordnande upphandlingsverksamhet är inriktad på varor och tjänster som kommuner och landsting konsumerar i stora kvantiteter och som har en hög grad av standardisering. Den totala omsättningen på SKI:s ramavtal uppgår årligen till drygt fyra miljarder kronor. Under 2011 genomfördes ett 60-tal samordnade upphandlingar. I likhet med den statliga inköpssamordningen är andelen små och medelstora företag som är ramavtalsleverantörer relativt hög, drygt 80 procent (kapitel 9).

Utredningens uppfattning är att även den verksamhet som bedrivs av SKI gynnats positivt av övergången till den juridiska

formen inköpscentral, även om den praktiska skillnaden för verksamheten inte ska överdrivas. Verksamheten har dock renodlats och kunnat öka i omfattning. Precis som i fallet med Statens inköpscentral arbetar SKI med hela upphandlingsprocessen, inklusive den viktiga avtalsvården och uppföljningen. Sammantaget bedöms SKI:s verksamhet utgöra ett betydelsefullt komplement till kommuner och landstings egen anskaffning av varor och tjänster, som varje kommun eller landsting bör överväga att nyttja innan man gör egna upphandlingar, på egen hand eller tillsammans med andra kommuner.

Det finns många paralleller mellan SKI och Statens Inköpscentral. Båda måste t.ex. "förtjäna" sina kunder. Om upphandlande myndigheter eller enheter väljer att genomföra sin anskaffning på egen hand får inköpscentralerna inga intäkter. Detta gör att inköpscentralerna vid varje givet tillfälle, när en ny upphandling ska göras, måste bedöma om upphandlingen går ihop eller inte. För SKI:s potentiella kunder, dvs. kommuner och landsting är det helt frivilligt att använda de samordnade ramavtalen. Det gör att SKI måste erbjuda besparingar för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Mycket talar också för att så är fallet. Dels använder, som framgår längre fram i avsnittet, den absoluta merparten av alla kommuner SKI:s avtal. Dels indikerar en jämförelse som SKI låtit göra att betydande besparingar kan göras genom att använda de förstnämnda avtalen.

Trots dessa likheter har det från SKI:s perspektiv, efter en dom i förvaltningsrätten⁸⁴, uppstått en osäkerhet kring vilka upphandlande myndigheter och enheter som egentligen är avropsberättigade. Osäkerheten består i att ett av SKI etablerat sätt, att i förfrågningsunderlaget ange vilka upphandlande myndigheter och enheter som är avropsberättigade, genom ett yttrande av Konkurrensverket och senare en dom i Förvaltningsrätten i Stockholms bedömts olagligt. Domen har tvingat SKI att under det gångna året ändra arbetssätt och göra om ett 30-tal upphandlingar. Upphandlingsutredningen bedömer att det är angeläget att regeringen vid genomförandet av direktivförslagen tydliggör vilka åtgärder som krävs för att upphandlande myndigheter och enheter ska anses vara berättigade att avropa från ramavtal som inköpscentraler har ingått. Det är viktigt inte minst ur ett leverantörsperspektiv eftersom en osäkerhet om

⁸⁴ Förvaltningsrättens i Stockholm dom daterad 2012-10-10, mål nr 1857-12.

hur många myndigheter som kan komma att avropa från ett ramavtal skapar problem för framför allt mindre leverantörer.

Övriga Europa

I många europeiska länder existerar offentliga organ som på olika sätt upphandlar för upphandlande myndigheters räkning. Exempel på sådana organisationer är: CONSIP i Italien, BESCHA i Tyskland, BBG i Österrike, Hansel i Finland och SKI i Danmark. Gemensamt för dessa organisationer är att de har karaktären av rikstäckande inköpscentraler. Deras verksamhet är huvudsakligen inriktad på att upphandla ITK-produkter, fordon, bränsle och energi, kontorsmateriel och möbler, resetjänster och posttjänster. Det är med andra ord samma typ av varor och tjänster som upphandlas av de två svenska nationella inköpscentralerna.

OECD lät under 2010 genomföra en studie *Centralised Purchasing Systems in the European Union* av den samordnade upphandling som äger rum inom EU.⁸⁵ Bakgrunden till studien var ett växande intresse bland medlemsstaterna, men också utanför EU, att etablera nationella inköpscentraler, samordnade ramavtalsupphandlingar och elektronisk upphandling. Studien baserades på en jämförelse mellan sju EU-länder med lång erfarenhet av denna typ av inköpssamordning: Danmark, Finland, Frankrike, Storbritannien, Italien, Sverige och Ungern. Några centrala observationer/slutsatser från studien är att:

- Det främsta skälet till att etablera denna typ av samverkan framhålls vara att åstadkomma kostnadsbesparingar i termer av lägre priser och minskade transaktionskostnader. Men även andra – icke-ekonomiska motiv – lyfts fram, såsom större påverkansmöjligheter vad gäller miljöhänsyn och sociala hänsyn.
- Flertalet av de studerade inköpscentralerna drivs i aktiebolagsform men utan att ha något vinstintresse. Finansieringen sker i regel, som i Sverige, genom avgifter som tas ut på leverantörernas försäljning på de upphandlande ramavtalen.
- I vissa länder är det obligatoriskt att använda ramavtalen, i andra är bara vissa avtal obligatoriska. I några länder är det mer eller

⁸⁵ OECD/SIGMA (2011) *Centralised Purchasing Systems in the European Union*. Sigma Papers. April 2011.

mindre helt upp till myndigheterna själva om de ska använda ramavtalen eller inte.

- Även om de samordnade ramavtalsverksamheterna är av betydande storlek är deras andel av de totala upphandlingsvolymerna i respektive land liten, ett fåtal procent. Vidare är små och medelstora företag i regel är väl representerade i de centraliserade upphandlingarna.
- Sammantaget bedöms de samordnade ramavtalsupphandlingarna ha en betydande potential att effektivisera delar av den offentliga sektorns inköp av varor och tjänster och därmed generera besparingar.

Danmark

I Danmark finns det flera inköpscentraler med nationell inriktning. I det följande beskrivs närmare två av dessa: Statens og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) och Statens Indkøb.

Den i särklass största inköpscentralen är SKI, vars huvudsakliga verksamhet är samordnad upphandling av ramavtal avsedda för statliga myndigheter, bolag samt kommuner. År 2011 var ett 80-tal personer sysselsatta med upphandling. Den totala försäljningen på SKI:s avtal uppgick till cirka 14 miljarder kronor, vilket bedöms utgöra cirka fyra procent av den totala upphandlingsvolymen i Danmark. SKI uppskattar att verksamheten under 2011 bidrog till att reducera den offentliga sektorns anskaffningskostnader med motsvarande 600 miljoner kronor dvs. en besparing på knappa 5 procent – till följd av lägre priser. Finansieringen av SKI:s verksamhet sker genom en procentuell avgift på försäljningen på ramavtalen.

Det har under många år varit frivilligt för kommuner och statliga myndigheter att nyttja SKI:s ramavtal. För att kunna avropa från ett av SKI:s ramavtal har det räckt att en upphandlande myndighet eller enhet varit medlem i SKI, vilket kostar ungefär 1 000 kronor per år. I likhet med de svenska inköpscentralerna är således SKI tvungen att bevisa sin nytta genom att erbjuda attraktiva ramavtal. Ordningen innebär att leverantörerna, när de lämnar in sina anbud, inte vet hur många myndigheter och hur mycket som faktiskt kommer att avropas från ramavtalet.

För ett par år sedan bestämde sig SKI för att, tillsammans med den danska motsvarigheten till SKL, genomföra försök med vad man kallar förpliktande ramavtal. Det innebär att en upphandlande myndighet eller enhet i förväg, dvs. innan upphandlingen görs, förpliktigar sig att göra avrop gentemot det upphandlande ramavtalet. I anslutning till detta gör myndigheten en bedömning av det egna anskaffningsbehovet under ramavtalets löptid. Ett annat utmärkande drag för dessa försöksupphandlingar är att bara en ramavtalsleverantör antas: the winner takes it all. Så här långt har försöket med förpliktigande avtal fallit väl ut. Ett 60-tal kommuner har deltagit i de upphandlingar som genomförts. Priserna har pressats markant: de ligger 15–20 procent under SKI:s vanliga ramavtalspriser, som redan bedöms vara konkurrenskraftiga. Nämnas bör att sortimentet i dessa ”förpliktigande” ramavtalsupphandlingar är mer begränsat än för de övriga ramavtalsupphandlingar.

En annan inköpscentral av intresse är Statens Indkøb, som ligger under det danska Moderniseringsministeriet. Etablerandet, för cirka fem år sedan, var i mångt och mycket ett svar på den danska Riksrevisionens granskning som hade visat att de statliga myndigheterna köpte samma produkter till mycket olika priser. Statens Indkøb upphandlar ett begränsat antal ramavtal för produkter som det stora flertalet av de danska statliga myndigheterna använder. Dessa avtal är myndigheterna i princip tvingade att använda. Avsteg kan dock göras utifall en myndighet bedömer att en mer fördelaktig anskaffning kan göras på annat sätt. Ordningen med Statens Indkøps tvingande ramavtal har således klara likheter med den verksamhet som Statens inköpscentral bedriver i Sverige.

Sist men inte minst kan det vara värt att notera att den danska staten använder verksamheten inom Statens Indkøps ramavtal strategiskt med syfte att effektivisera den danska statsförvaltningen. Man beräknar hur mycket respektive myndighet tjänar på att använda ramavtalen jämfört med anskaffning på egen hand. Den beräknade summan ligger sedan till grund för en diskussion mellan Finansdepartementet och de enskilda myndigheternas om storleken på de senares årliga anslag.

Finland

Hansel AB är den finska statens inköpscentral. Bolaget, som är icke-vinstsyftande, har cirka 60 anställda och sitt säte i Helsingfors. Fram till 2003 bedrev bolaget en slags grossistverksamhet, men i dag är fokus helt på upphandling av ramavtal.

Hansel har för närvarande upphandlade ramavtal inom ett 70-tal varu- och tjänsteområden som riktar sig till statliga myndigheter, bolag samt departement. Totalt rör det sig om cirka 600 ramavtal. En viktig del i Hansels ramavtalsverksamhet är att bistå myndigheterna med stöd och hjälp vid avrop från avtalen, vilket som sagt skiljer sig mot de begränsningar som Statens inköpscentral upplever.

Omsättningen har ökat markant år för år sedan 2004 och uppgick år 2011 till knappt sex miljarder kronor. Hansels verksamhet finansieras i likhet med SKI och de svenska inköpscentralerna via en administrativ avgift som leverantörerna betalar på sin omsättning. För närvarande uppgår den administrativa avgiften till drygt en procent av försäljningen.

Målet för Hansel är att åstadkomma besparingar för staten. En utvärdering genomförd år 2008 av Handelshögskolan i Helsingfors indikerade att Hansel infriar sin målsättning: studien pekar på en årlig besparing motsvarande cirka 1 miljard svenska kronor.

Merparten av Hansels ramavtal är frivilliga för myndigheter, statliga bolag m.m. Ett 15-tal av ramavtalen är dock obligatoriska för statliga upphandlande myndigheter och enheter. Obligatoriet initierades av det finska finansdepartementet för ett antal år sedan.

Till skillnad mot Sverige och Danmark är det inte möjligt för de finska kommunerna att använda sig av den statliga inköpscentralens ramavtal. Behovet anses dock vara stort och nyligen bildades en kommunal inköpscentral i Finland, motsvarande Hansels verksamhet på den statliga sidan. Bolaget heter KL Kuntahankinat OY och ägs av den finska motsvarigheten till SKL. Den huvudsakliga verksamheten är upphandling av ramavtal åt de finska kommunerna. I mångt och mycket förefaller den nya kommunala inköpscentralen likna SKL Kommentus Inköpscentral även om verksamheten än så länge bedrivs i en begränsad skala.

3.5.4 Lokal och regional inköpssamverkan

Vid sidan av den nationella inköpssamverkan som bedrivs av de två nationella inköpscentralerna förekommer en omfattande inköpssamverkan mellan kommuner, landsting och deras bolag på lokal och regional nivå. Detta är inte förvånande mot bakgrund av att särskilt befolkningmässigt sett små kommuner i många decennier har samverkat med sina grannar för att kompensera egna knappa resurser såväl ekonomiskt, personal- som kompetensmässigt sett. En klar trend kan urskiljas: samordningen ökar mellan, inte bara men främst mellan mindre och medelstora, kommuner på allehanda områden.

Enligt en studie⁸⁶ om samverkan mellan mindre kommuner som fil lic. Ronny Svensson utfört på uppdrag av Upphandlingsutredningen var det ännu i början av 2000-talet relativt få kommuner som deltog i någon form av lokal eller regional inköpssamverkan. Denna situation har i grunden förändrats och i dag är det mer regel än undantag att kommunerna samverkar med en eller flera grannkommuner om inköp av varor och tjänster.

Formell inköpssamverkan är den vanligaste formen

Två principiellt olika former av inköpssamverkan kan särskiljas. Dels den verksamhet som sker i formellt organiserade nätverk, dvs. formellt beslutad inköpssamverkan mellan två eller vanligtvis flera kommuner, där även kommunala bolag och landsting kan ingå inom vissa varu- och tjänsteområden. Dels den verksamhet som sker i informella inköpsorganisationer, en form av regelmässig men inte avtalsbunden samverkan mellan ett antal kommuner i en region. Det betyder att man vanligtvis köper in varor och tjänster tillsammans men varje kommun är oförhindrade att samarbeta med andra lokala och regionala konstellationer av kommuner när så anses intressant.

Den förstnämnda formen är den vanligast förekommande. Till grund för denna samverkan ligger i regel ett civilrättsligt avtal som kommunernas ledningar undertecknat. Ofta ingår en större kommun i samverkansorganisationen, vilket inte sällan motiveras av kompetensskäl. Som regel är kommunerna de enda myndigheterna som deltar men ibland finns även, förutom en del kommunala bolag (mesta-

⁸⁶ Bilaga 9.

dels bostads- och energibolag), landstingen med på vissa avtalsområden.

Inköp Gävleborg

Ett intressant exempel på en formaliserad inköpssamverkan är Inköp Gävleborg. Inköp Gävleborg är ett kommunalförbund som består av 10 kommuner (Bollnäs, Gävle, Hofors, Hudiksvall, Ljusdal, Nordanstig, Ockelbo, Ovanåker, Söderhamn och Älvkarleby) och har 40 offentliga "kunder", t.ex. en enhet eller förvaltning inom någon av medlemskommunerna. Förbundet styrs av en politisk direktion och är en upphandlande myndighet. Verksamheten leds av en förbundsdirektör och har tio lokalkontor, fyra upphandlingsteam med sammanlagt 28 medarbetare. Inköp Gävleborg genomför för sina medlemmars räkning upphandlingar och ger stöd och rådgivning. Under 2011 genomfördes 400 upphandlingar varav hälften var samordnade. Det totala värdet uppgick till 2,5 miljarder kronor fördelade på 1 200 avtal. Direktupphandlingen motsvarar cirka en fjärdedel av upphandlingen. Verksamheten finansieras av medlemmarna och avgiften är 0,62 procent i förhållande till inköpsvärdet.

Många fördelar med lokal samverkan...

De fördelar som lokal inköpssamverkan ger kan, enligt Svenssons studie, sammanfattas i följande punkter:

- små kommuner ges ökade förutsättningar att klara hanteringen av upphandlingslagstiftningen,
- samverkan leder till att kompetensnivån höjs väsentligt, vilket bl.a. bidrar till att överprövningarna minskar,
- kommunerna får större möjligheter att arrangera gemensamma utbildningar i den lokala miljön etc.,
- upphandlarna i varje enskild kommun får ett större och bredare kollegium, vilket ger en större trygghet och förmåga vid genomförandet av de konkreta upphandlingarna,

- upphandlarna får möjlighet att genomföra större och mer komplicerade upphandlingar,
- upphandlingsorganisationen effektiviseras totalt sett och för varje enskild kommun,
- möjligheterna att uppnå högre kvalitet och lägre priser på varor och tjänster ökar påtagligt med ökad kunskap och större volymer,
- fler leverantörer blir intresserade genom att volymerna ökar,
- kommunerna får större möjligheter att engagera fler småföretag i upphandlingarna genom mer genomtänkta former för upphandlingen samt fler besök hos och utbildningar för företagen i närregionerna,
- möjligheterna att göra mer innovationsfrämjande upphandlingar ökar, samt
- inköpsnätverket får större resurser för att formulera mer kvalificerade remissvar och därmed större kapacitet att påverka lagar och bestämmelser på nationell nivå.

... men det är inte problemfritt

Utifrån dessa positiva omdömen kan man ta för givet att samverkan inte medför några nackdelar för deltagande kommuner och personer. Så är dock inte fallet. Studien pekar på följande problem eller friktionsytor:

- när de kommunala bolagen finns med i inköpssamverkan uppstår en rad olika *småbinder* beroende på bolagens speciella styrning kontra styrningen av kommunernas nämnder,
- förankringsprocessen kan ta lång tid vid stora upphandlingar och många deltagande kommuner,
- olika datasystem eller systemlösningar kommunerna emellan kan göra processen omständlig och krävande,
- ibland kan olikartade krav och önskemål vad gäller, t.ex. kvalitetskrav leda till svårigheter att komma överens.
- vissa upphandlingar kan på detta sätt komma att avgöras långt från den lokala behovsmiljön när vissa varor och tjänster upphandlas, samt

- inköpssamordningen kan leda till en ökad marknadskoncentration, vilket på sikt kan påverka konkurrensen negativt.

Inköpssamverkan sker kring alla varor och tjänster förutom byggtreprenader

Lokal inköpssamverkan mellan kommuner kan i princip handla om vilka varor och tjänster som helst med undantag för byggtreprenader. Vanligast förekommande är att de kommuner, som bildat det ursprungliga samarbetsnätverket, sköter all upphandling över direktupphandlingsbeloppsgränsen gemensamt.

Anledningarna till att man som regel utesluter byggtreprenader från de gemensamma inköpen är flera, dock delvis oklara. En orsak som förs fram är att de enskilda kommunerna har så specifika krav att man helst vill sköta denna typ av upphandling själv. Här väger säkert tidigare traditioner, t.ex. att tekniska förvaltningen alltid upphandlat byggtreprenader, relativt tungt. För många kommuner framstår det som krångligt att samordna upphandling av olika byggprojekt i flera kommuner samtidigt. I många av de mindre kommunerna genomförs dessutom få byggprojekt vilket sannolikt bidrar till att utesluta byggtreprenader från den gemensamma upphandlingen.

Det absoluta flertalet små och medelstora kommuner använder sig av de nationella inköpscentralernas tjänster...

Studien visar att det stora flertalet av de små och medelstora kommunerna nyttjar de möjligheter till effektiv anskaffning av vissa varor och tjänster som de två nationella inköpscentralerna erbjuder. När det gäller SKI använder sig kommunerna antingen av de stora ramavtal som inköpscentralen upphandlat i eget namn eller så låter man SKI i egenskap av ombud genomföra en samordnad upphandling, t.ex. för något av de inköpsnätverk som förekommer. När det gäller de små kommunernas inköp via SKI handlar det främst om energi (olja och el), fordon (bl.a. elbilar), kontorsinredningar och kontorsmateriel men även varor som läromedel och entrémattor samt tjänster som tolkuppdrag och HVB-tjänster. Statens inköpscentral ramavtal för ITK-produkter används av flertalet mindre kommuner.

... som man anser ger många fördelar och få nackdelar

Fördelarna med att anlita dessa två centrala aktörer för anskaffning av vissa varor och tjänster är enligt kommunerna:

- deras välutvecklade upphandlarkompetens och juridiska kunskaper,
- att de har resurser att göra bra avtal inom områden som kräver en stor arbetsinsats,
- att de kan åstadkomma bra priser på s.k. volymvaror som olja och el, samt
- att det är lätt att anmäla intresse för att vara med på och därmed använda ramavtalen.

Några kommuner eller inköpsorganisationer nämner också vissa nackdelar i relation till inköp via den egna upphandlingsorganisationen. De problem eller svårigheter som uppmärksammas är bl.a. svårigheter att påverka kvalitetsnivåer och en del andra faktorer, bl.a. en lägre minsta nämnare när man gör stora köp för många kommuner samtidigt jämfört med egna inköp. Därtill kommer att ett alltför flitigt användande av främst SKI, men principiellt även de statliga ramavtalen inom ITK-området, leder till att man minskar sina egna ansträngningar att göra mer utvecklade och genomtänkta ("smarta") upphandlingar. Det senare kan på sikt leda till att den lokala kompetensen när det gäller upphandlingsfrågor urholkas.

Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet är uppskattat i många av de små kommunerna och deras nätverk. Merparten av de tillfrågade kommunerna använder sig av företrädesvis Kammarkollegiets skriftliga informationsdokument kring offentlig upphandling samtidigt som man lika ofta vänder sig till Kommentus eller SKL:s jurister.

Trots all positiv respons till samtliga kompetenscentra, som noterats ovan, finns det önskemål från flera samordningsorgan på lokal/regional nivå om att förbättra den egna kompetensuppbyggnaden.

3.5.5 Direktivförslag som underlättar gränsöverskridande inköpssamverkan – möjligheter och risker

Direktivförslagen innehåller nyheter som syftar till att underlätta gränsöverskridande inköpssamverkan i både klassisk sektor och försörjningssektorerna.⁸⁷ Det är ingen nyhet såtillvida att nu gällande direktiv uttryckligen tillåter gränsöverskridande inköpssamverkan. Men enligt direktivförslagen föreligger avsevärda praktiska och juridiska svårigheter vid inköp från inköpscentraler i andra medlemsstater och annan gränsöverskridande inköpssamverkan. Notera att även dessa bestämmelser var föremål för förhandlingar när betänkandet gick i tryck.

Syftet med förslagen är närmare bestämt att de upphandlande myndigheterna ska kunna dra största möjliga nytta av den inre marknadens potential genom att ta tillvara stordriftsfördelar och möjligheten att dela risken och nyttan. Inte minst innovationsupphandlingar anses kunna dra nytta av förslagen eftersom dessa innebär högre risk än vad en enda upphandlande myndighet normalt kan bära. Direktivförslagen syftar också till att skapa gränsöverskridande affärsmöjligheter för varu- och tjänsteleverantörer.

Direktivförslagen anger att möjligheterna till gränsöverskridande inköpssamverkan inte får användas i syfte att undvika tillämpningen av obligatorisk nationell upphandlingslagstiftning.

Nedan beskrivs de specifika direktivförslagen som syftar till att möjliggöra gränsöverskridande inköpssamverkan. Därefter lämnar Upphandlingsutredningen några avslutande kommentarer som knyter an till förslagen i betänkandet i övrigt. Det är dock Genomförandeutredningen som har i uppdrag att närmare analysera och föreslå hur bestämmelserna ska införlivas i svensk rätt (se avsnitt 1.4.).

Möjlighet att använda andra medlemsstaters inköpscentraler

Direktivförslagen syftar, såvitt Upphandlingsutredningen kan bedöma, till att underlätta tre typer av gränsöverskridande inköpssamverkan. För det första får medlemsstaterna inte förbjuda sina upphandlande myndigheter eller enheter att använda sig av centraliserade inköpsverksamheter som tillhandahålls av andra medlemsstaters inköpscentraler. Det innebär således att en medlemsstats

⁸⁷ Artikel 37 och skäl 26 i det klassiska direktivförslaget och artikel 52 och skäl 34 i förslaget till försörjningsdirektiv.

inköpscentral enligt EU-rätten får användas för gränsöverskridande samverkan. Medlemsstaterna får dock begränsa vilka slags inköpsverksamheter, dvs. grossistverksamheten alternativt ombuds- eller ramavtalsverksamheten, som de upphandlande myndigheterna eller enheterna ska få komma i åtnjutande av.

Det lands lagstiftning, där inköpscentralen har sitt säte, ska vara tillämplig vid sådan inköpssamverkan. Denna lagstiftning gäller även vid avrop/tilldelning av kontrakt inom ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem.

Gränsöverskridande inköpssamverkan

Direktivförslagen syftar vidare till att underlätta för flera upphandlande myndigheter alternativt enheter från olika medlemsstater att gemensamt tilldela upphandlingskontrakt, ingå ramavtal eller sköta ett dynamiskt inköpssystem. De får också gemensamt tilldela kontrakt inom ett ramavtal eller dynamiskt inköpssystem.

Frågan är då vilket lands lag som ska tillämpas på denna typ av gränsöverskridande inköpssamverkan. Förutsatt att förhållandena mellan medlemsstaterna inte regleras i internationella avtal, så ska de deltagande upphandlande myndigheterna eller enheterna enligt direktivförslagen ingå en överenskommelse som anger

- parternas ansvar och tillämplig nationell rätt, och
- hur upphandlingen ska organiseras, inklusive ledning, ansvarsfördelning, hur de upphandlade byggtreprenaderna, varorna och tjänsterna ska fördelas och hur kontrakt ska ingås.

En upphandlande myndighet alternativt enhet uppfyller sina skyldigheter enligt respektive upphandlingsdirektiv om den köper byggtreprenader, varor eller tjänster från den upphandlande myndighet alternativt enhet som ansvarar för upphandlingsförfarandet. De samverkande myndigheterna eller enheterna får enligt förslaget välja att tillämpa lagstiftningen i en medlemsstat där åtminstone en av de medverkande upphandlande myndigheterna eller enheterna har sitt säte.⁸⁸ Det ska framgå av upphandlingsdokumenten⁸⁹ hur ansvaret fördelas och vilken nationell lagstiftning som är tillämplig.

⁸⁸ Observera att direktivförslagen inte anger specifikt vad som gäller vid gränsöverskridande inköpssamverkan där både upphandlande myndigheter (som omfattas av det klassiska direktivförslaget) och enheter ingår. Upphandlingsutredningen utgår dock från att det är

Gemensam rättslig enhet bl.a. för gränsöverskridande inköpssamverkan

Den tredje varianten av gränsöverskridande inköpssamverkan uppkommer när upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater, enligt nationell rätt eller EU-rätt, bildat en gemensam rättslig enhet (vilket är termen i den svenska översättningen). I sådana fall ska de upphandlande myndigheterna eller enheterna komma överens, och den rättsliga enhetens behöriga organ därefter besluta, om tillämplig nationell upphandlingslagstiftning. Tillämplig lagstiftning får enligt direktivförslaget vara den medlemsstats lag där enheten antingen är registrerad eller utför sin verksamhet. Överenskommelsen får vara obegränsad i tid, begränsas till en viss tidsperiod eller till en eller flera enskilda kontrakt.

Upphandlingsutredningens kommentarer till förslagen om gränsöverskridande inköpssamverkan

Upphandlingsutredningen anser att de redovisade motiven för en gränsöverskridande upphandling är relevanta och att sådan upphandling – om den används på ett insiktsfullt sätt – kan innebära flera fördelar.

Förslagen kommer givetvis att underlätta upphandlingen av infrastrukturprojekt som rent bokstavligen är av gränsöverskridande karaktär, exempelvis en bro eller väg som korsar två eller flera medlemsstater. Vidare kommer förslagen sannolikt att underlätta inköpssamverkan mellan gränskommuner som exempelvis Haparanda och Torneå kommuner eller unionsrättsligt reglerade samverkansformer mellan exempelvis regionala och kommunala myndigheter⁹⁰.

Möjligheten att vid innovationsprojekt/upphandlingar åstadkomma riskfördelning mellan upphandlande myndigheter och företag

möjligt och att det klassiska direktivet – eller såsom det är genomfört i den aktuella medlemsstatens lagstiftning – blir tillämpligt på sådant samarbete.

⁸⁹ Med upphandlingsdokument avses enligt artikel 2.15 i det klassiska direktivförslaget alla dokument som utarbetas av den upphandlande myndigheten eller som den upphandlande myndigheten hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen eller förfarandet. Det inbegriper meddelanden om upphandling, förhandsmeddelanden eller meddelanden om att det finns ett kvalificeringssystem om ett sådant meddelande används, tekniska specifikationer, förslag till kontraktsvillkor, format för de handlingar som ska lämnas in av anbudssökande och anbudsgivare, upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter samt eventuella kompletterande handlingar.

⁹⁰ Exempelvis nämns i direktivförslagen s.k. europeiska grupperingar för territoriellt samarbete (EGTS) i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning nr 1082/2006.

samt de senares utsikter att kommersialisera innovativa lösningar på den inre marknaden är som nämnts en av fördelarna med förslagen. Utredningen föreslår i avsnitt 7.3 att det bör initieras ett samarbete om upphandling av s.k. transformativa lösningar på nordisk nivå. Med stöd av de föreslagna reglerna kan upphandlande myndigheter, enheter och företag bl.a. dra nytta av en större marknad och få möjligheter att sprida risker som följer av omställningen, till exempelvis nya affärsmodeller som syftar till en radikal förändring av energi- och resursanvändningen.

Genom exempelvis gemensamma gränsöverskridande upphandlingar, som inbegriper ”konventionella” miljökriterier, kan reglerna om gränsöverskridande inköpsamverkan verksamt bidra till att styrmedlet ges extra genomslagskraft. Ett gemensamt kravställande från flera upphandlande myndigheter i olika medlemsstater ökar sannolikt leverantörernas incitament att ställa om till mer hållbara produktionsmetoder.

De föreslagna bestämmelserna kan även utgöra ett viktigt stöd för upphandlingar där kostnaderna för och resultatet av exempelvis vissa typer av tjänster är lämpliga att fördela på ett stort kollektiv av upphandlande myndigheter eller enheter. Enligt utredningens förslag i 7 och 8 kap. bör regeringen ta initiativ till ytterligare ett nordiskt samarbete. Samarbetet syftar i detta sammanhang till att förbättra uppföljningen av sociala krav i upphandlingskontrakt. Exempelvis skulle de nordiska länderna kunna gå samman och gemensamt upphandla den typ av auditörstjänster som används för att kontrollera att uppförandekoder efterlevs i leverantörsleden. Sådana ramavtal skulle sannolikt minska kostnaderna för uppföljningen. Revisionsrapporterna kan spridas bland de avropande myndigheterna och därmed bidra till att styrmedlet blir effektivare. Motsvarande samarbete kan övervägas även inom andra områden där det är kostsamt att i långa leverantörskedjor följa upp ställda krav.

Men utnyttjande av stordriftsfördelar vid gränsöverskridande upphandlingar ställer omfattande krav på att de upphandlande myndigheterna noga överväger vilka effekter som detta kan få på de aktuella marknaderna, konkurrensen och möjligheten att göra goda affärer på sikt. I dessa sammanhang är det synnerligen viktigt att överväga möjligheten att upphandla delkontrakt.

Vidare är det angeläget att de upphandlande myndigheterna noga sätter sig in i vad det innebär att tillämpa en annan medlemsstats lagstiftning om t.ex. offentlighet och sekretess eller avtalsrätt

som vid viss typ av inköpssamverkan aktualiseras vid tilldelning av kontrakt inom ett ramavtal. Som anges i direktivförslagen bör upphandlande myndigheter inte heller använda sig av möjligheterna till gränsöverskridande samverkan i syfte att undvika tillämpningen av offentligrättsliga regler som gäller i deras medlemsstater. Som exempel anges bestämmelser om öppenhet och tillgång till handlingar eller bestämmelser som avser särskilda krav på spårbarhet av känsliga leveranser.⁹¹

Sammanfattningsvis kan enligt utredningen de föreslagna bestämmelserna bidra till den goda affären men de behöver tillämpas med insikt om effekterna av aggregerade inköp och tillämpningen av annan medlemsstats lagstiftning.

3.5.6 Slutsatser och förslag

Upphandlingsutredningens bedömning:

Vid genomförandet av de kommande upphandlingsdirektiven är det angeläget att tydliggöra vilka åtgärder som krävs för att upphandlande myndigheter och enheter ska anses vara berättigade att avropa från ramavtal som inköpscentraler har ingått.

Upphandlingsutredningens förslag:

Statens inköpscentral ska, i mån av behov, bistå de upphandlande myndigheterna och enheterna med stöd i samband med avrop från inköpscentralens ramavtal.

Myndighetschefen ska besluta om att anmäla avsteg från de ramavtal som Statens inköpscentral upphandlar enligt förordningen om statlig inköpssamordning (1998:796).

Statens inköpscentral bör ges i uppdrag att analysera för- och nackdelar med den danska modellen med förpliktigande ramavtalsvolym och en enda ramavtalsleverantör för vissa produktgrupper i syfte att utröna om den kan vara värt att pröva i Sverige.

Det samordnade upphandlingsstödet ansvarar för att en vägledning om inköpssamverkan tas fram. Vägledningen ska fokusera på mindre kommuners behov av stöd.

⁹¹ Skäl 26 i det klassiska direktivförslaget och skäl 34 i det klassiska direktivförslaget.

Inköpssamverkan är ett värdefullt komplement till de upphandlande myndigheterna och enheternas egna upphandlingar som alltid bör övervägas

Inköpssamverkan mellan upphandlande myndigheter och enheter har ökat det senaste decenniet framför allt på den lokala nivån. Drivkraften för denna samverkan är den kontinuerliga press många kommuner har att få begränsade medel att räcka till – genom att gå samman erhålls en mer effektiv inköpsverksamhet. Även den nationella inköpssamverkan som bedrivs av regionala och nationella inköpscentraler ökar i attraktivitet: fler och fler ser ett värde av att inom vissa produktområden enkelt kunna nyttja inköpscentralernas många gånger förmånliga avtal. Denna utveckling är enligt utredningens bedömning till huvudsakligen positiv och inköpssamverkan är något som alla upphandlande myndigheter och enheter bör överväga där möjlighet finns.⁹²

Den inköpssamverkan som äger rum i Statens Inköpscentral respektive SKL Kommentus Inköpscentrals regi visar att kombinationen små och medelstora företag och samordnade upphandlingar på nationell nivå är möjlig

Ofta i diskussioner kring den typ av samordnade upphandlingar av ramavtal som genomförs av de nationella inköpscentralerna framförs uppfattningen att små och medelstora företag riskerar att missgynnas. Anledningen är att de stora volymer som dessa upphandlingar innebär gör att de mindre företagens kapacitet inte räcker till och att de därför stängs ute. Det har dock visat sig att dessa farhågor i stor utsträckning inte har besannats. Tvärtom är mindre och medelstora företag väl representerade bland leverantörerna på inköpscentralernas ramavtal, något som utvecklas närmare i kapitel 9. Detta förhållande är förmodligen avhängigt inköpscentralernas strategier att, där det är möjligt, dela upp upphand-

⁹² Utredningen är medveten om att det finns kritik mot samordnad upphandling, framför allt gällande den nationella inköpssamverkan som bedrivs av inköpscentralerna. Kritiken gäller dels att villkoren inte alltid är bättre än vad som myndigheterna själva kan åstadkomma, se t.ex. Konkurrensverkets rapport Samordnade ramavtal – en empirisk undersökning, Rapport 2010:05, Konkurrensverket, av Mats Bergman, Johan Y. Stake och Hans Christian Sundelin Svendsen.), dels att samordnade upphandlingar kan innebära att enskilda myndigheterna specifika behov inte kan tillgodoses på bästa sätt. Denna kritik ändrar dock inte utredningens bedömning att inköpssamverkan rätt genomförd kan medföra betydande effektivitetsvinster för den offentliga sektorn.

lingarna i mindre delar så att konkurrensen på marknaderna tas till vara.

Därmed inte sagt att risken för koncentration ska negligeras, det är alltid viktigt att vårda marknaden, speciellt när de upphandlade volymerna blir stora. Det ska också sägas att kunskapen om de mindre företagens försäljning på de nationella inköpscentralernas ramavtal är begränsad: det är trots allt en betydande skillnad mellan att erhålla ett ramavtal och att sälja på samma avtal. Här behöver statistiken fördjupas så att även försäljningsandelen för de mindre och medelstora företagen framgår.

Inköpscentralernas förutsättningar att skapa värde kan och bör ytterligare förbättras

Utredningens bedömning är att inköpscentralernas ramavtalsverksamhet är ett viktigt komplement till upphandlande myndigheter och enheters egna upphandlingar. Rätt använda kan de leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn i sin helhet. Enligt utredningens uppfattning bör statsmakterna i större utsträckning än i dag betrakta inköpscentralernas verksamhet som instrument för att åstadkomma en mer kostnadseffektiv anskaffning av vissa varor och tjänster – det är ett sätt att frigöra resurser ute i myndigheterna, resurser som har många angelägna användningsområden. För att inte gå miste om denna effektiviseringspotential bör inköpscentralerna ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta.

En vägledning rörande effektiva samordningsmöjligheter bör tas fram

Som framgått finns det en rad olika former av inköpssamverkan som upphandlande myndigheter och enheter kan använda sig av. För att underlätta upphandlande myndigheters och enheters samverkan vore det lämpligt att en vägledning rörande inköpssamverkan togs fram. Vilka möjligheter till samverkan finns inom olika produktområden? Vilka olika former av samverkan finns? Vilka för- respektive nackdelar finns det med respektive alternativ? Hur ska man gå tillväga för att få ut så mycket som möjligt av samverkan? Detta är exempel på frågor som en vägledning skulle kunna ge svar. Utredningen föreslår därför att det samordnade upphandlingsstödet får i uppdrag att ta fram en dylik vägledning. Det är

därvid viktigt att särskilt se till de mindre kommunernas behov av stöd och samverkansmöjligheter.

3.6 Förbättrad upphandlingskompetens

Upphandlingsutredningens förslag:

Särskild finansiering ges under en femårsperiod till tre professurer med olika grundkompetens inom ämnesområdet offentlig upphandling.

Det samordnade upphandlingsstödet ska verka för att uppdragsutbildning inom ämnesområdet offentlig upphandling anordnas. Särskild finansiering motsvarande 2,5 miljoner kronor/år ges under en treårsperiod.

Anslagen för forskning inom området offentlig upphandling ökas med 10–15 miljoner kronor årligen.

Lämplig myndighet ges uppdraget att samla in och göra tillgänglig sådan forskning som är relevant för upphandlande myndigheter och enheter.

3.6.1 Inledning

Flera problem och svårigheter som Upphandlingsutredningen identifierat är direkt kopplade till olika kompetensfrågor. Oklarheter kring regelverkets tillämpning medför bl.a. att de upphandlande myndigheterna och enheterna, för att undvika att upphandlingen blir föremål för överprövning, inte vågar utforma förfrågningsunderlagen fullt ut efter sina särskilda behov. Inte heller utnyttjas i full utsträckning de möjligheter som finns inom ramen för lagstiftningen att ta t.ex. sociala hänsyn, miljöhänsyn eller beakta små och medelstora företags eller aktörer inom den sociala ekonomin möjligheter att delta i offentliga upphandlingar. Bristfällig kompetens inom upphandlingsområdet i stort leder till sämre affärer. Bristande kompetens vad gäller regelverkets innebörd och tillämpning hos olika aktörer kan därtill leda till kostsamma och långdragna domstolsprocesser. Detta bidrar till att öka den administrativa bördan för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter och enheter samt leder till en minskad effektivitet i deras verksamheter.

I det här avsnittet redogörs för olika utbildningar som berör ämnesområdet offentlig upphandling och anknutna frågor. Vidare riktas fokus på offentlig upphandling som forskningsområde.

3.6.2 Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

Det är ett närmast självklart konstaterande att *den goda affären* är starkt beroende av kompetensen hos dem som ansvarar för upphandlingen. I delbetänkandet konstaterades att många företag har påpekat att de tjänstemän som är ansvariga för att organisera och genomföra offentlig upphandling ofta har otillräckliga kunskaper rörande frågor om den aktuella marknaden och därmed vilket utbud som finns i form av produkter och priser. Samtidigt har även företagens kompetens att utforma anbud varit föremål för kritik.

Utredningen mottog starka önskemål om behovet av bättre utbildning och vägledning till samtliga parter på upphandlingsområdet – och därtill behovet av ytterligare forskning. Som ett exempel på initiativ i denna riktning uppmärksammades bl.a. Sveriges offentliga inköparens (SOI) pågående arbete med att utveckla ett certifieringsprogram för upphandlare.

Upphandlingsutredningen redogjorde i delbetänkandet för avsikten att närmare överväga de förslag som lämnats av Rådet för arkitektur, form och design avseende etableringen av ett nytt forskningsfält och en ny grundutbildning på högskolenivå på temat offentlig upphandling samt överväga behovet av att stärka den statliga upphandlingsstödjande verksamheten.⁹³ Förslag om inrättandet av en professur i offentlig upphandling framfördes. En diskussion fördes också om behovet av ett stärkt upphandlingsstöd för att kunna utveckla bättre upphandlingsverktyg, metodstöd och annan vägledning både till upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer.

Remissinstansernas synpunkter

Samtliga remissinstanser som svarat ansåg att det vara angeläget att stärka kompetensen hos dem inom myndigheterna som är ansvariga för offentlig upphandling, som är en viktig del av ansträngningarna

⁹³ Rådet för arkitektur, form och design, *Kvalitet i offentlig upphandling – när medborgarnas behov styr och staten upphandlar*, s. 44, rapport 2008:3.

att ge den offentliga upphandlingen ett tydligt strategiskt perspektiv. Flertalet remissinstanser ställde sig därtill positiva till förslagen om ett utökat statligt upphandlingsstöd. Några remissvar påpekade att åtgärder även krävs för att öka företagens kompetens inom upphandlingsområdet. Många remissinstanser uttalade sitt stöd för förslagen om inrättandet av en ny högskoleutbildning i offentlig upphandling och att därtill att forskningen på området stärks.

Lunds universitet ser ett värde i att stärka forskningen inom offentlig upphandling. Universitetet ser samtidigt en risk för att en ökad akademisk betoning kan leda till ytterligare komplexitet i regelverket snarare än att underlätta, förenkla, skapa större flexibilitet och ökat affärsmässigt agerande. *Göteborgs och Umeå universitet* förordar att offentlig upphandling ges större fokus inom forskningen. Universitetet anser att det behöver inrättas fler än en professur och påtalar fördelarna med att placera dessa vid olika lärosäten. Sak samma gäller för högskoleutbildning inom området.

Det bör också finnas en tydlig koppling mellan forskning och profession. Offentlig upphandling bör kunna erbjudas i form av en grundutbildning. Fördjupningskursen i offentlig upphandling på juristprogrammet på Handelshögskolan vid Göteborgs universitet anges som förebild.

3.6.3 Utbildning, kompetens och forskning

Efterfrågan på kunskapshöjande satsningar inom området offentlig upphandling bland både myndighetsledningar, upphandlare och företag är omvittnat stor. Sådana satsningar kan exempelvis ha formen av ett förstärkt statligt upphandlingsstöd. För att höja kompetensen rent generellt bland upphandlingsansvariga inom både myndigheter och företag krävs dock långt bredare insatser.

Det svenska utbildningssystemet består av en mängd verksamhetsformer och utbildningar. Det finns eftergymnasial utbildning, i form av kurser och program vid universitet och högskola men också kompletterande utbildningar som är rena yrkesutbildningar. Utbildning i ämnet offentlig upphandling återfinns dock sällan inom kursutbudet.

Det privata näringslivet erbjuder en rad olika kortare utbildningar som knyter an till inköp och upphandling. Dessa riktar sig främst till yrkesverksamma praktiker.

I det följande redogörs översiktligt för vilka utbildningar som finns på olika nivåer i Sverige, i Norden och några andra medlemsstater.

Befintliga universitets- och högskoleutbildningar i offentlig upphandling

Inom ramen för universitets- och högskoleutbildningen i landet har Upphandlingsutredningen kunnat identifiera följande utbildningar som rör offentlig upphandling:

Goteborgs universitet erbjuder en fördjupningskurs i upphandlingsjuridik om 15 högskolepoäng (hp). Kursen kan väljas efter tre års studier på juristprogrammet. Universitetet tar årligen in ett 40-tal studenter på kursen. Kursen är en av de mest eftersökta fördjupningskurserna inom juristprogrammet.

Vid *Umeå universitet* ingår offentlig upphandling som en integrerad del under termin sex på juristprogrammet. Upphandling som ämne ingår också i olika valbara kurser i juridik. Juridiska institutionen har därtill påbörjat förberedelser för en mastersutbildning i offentlig upphandling

Lunds universitet erbjuder utbildningspass på juristlinjen som ger en generell introduktion till LOU. Vidare ingår enstaka moment om offentlig upphandling i olika specialkurser. Januari 2013 påbörjades vid den Juridiska fakulteten en första specialkurs i offentlig upphandling på 15 hp.

På *Stockholms universitet* finns en specialkurs om offentlig upphandling om 15 hp vid den Juridiska institutionen. Planer finns att undersöka möjligheterna till en mer omfattande utbildning på området, i form av samarbete mellan bland annat företagsekonomi, juridik, statsvetenskap och mer tekniska institutioner kring utbildning om offentlig upphandling på mer avancerad nivå. Stockholms universitet har till utredningen uppgett att det finns ett stort intresse bland studenter för den nämnda specialkursen och även för att skriva examensarbeten i offentlig upphandling. Behovet av ytterligare utbildning inom området har bland annat diskuterats utifrån forskningsresultat vid Företagsekonomiska institutionen. SIPU, ett privat utbildnings- och konsultföretag, driver i samarbete

med bl.a. Stockholms universitet, en utbildning i offentlig upphandling som ger 30 hp (se mer nedan om uppdragsutbildning).⁹⁴

Mitthögskolan tillhandahåller utbildningen Eko-entreprenör för hållbar utveckling om 180 hp. Utbildningen ska ge en bred miljövetenskaplig grund med inriktning bland annat på miljövänlig upphandling och miljödriven innovation.

Högskolan i Gävle har en kurs på 7,5 hp i entreprenadrätt och upphandling. Det är en juridisk kurs, specifikt framtagen inom ramen för programmet Ekonomisk fastighetsförvaltning. Tankar finns på att komplettera kursen Sälj- och affärsmannaskap (7,5 hp) med utbildning om förhandling och förhandlingsteknik.

Karlstads universitet överväger att inrätta en påbyggnadsutbildning om offentlig upphandling för både ekonomer, ingenjörer och jurister.

Universitets- och högskoleutbildningar i offentlig upphandling i Europa

Universitetet i Turin erbjuder ett mastersprogram i offentlig upphandling med inriktning på hållbar utveckling. Programmet kombinerar studier av politiska instrument och teori med tillämpade uppgifter och forskningsarbete samt ska förbereda studenterna för ledande uppgifter inom offentlig upphandling.⁹⁵

Universitetet i Nottingham erbjuder ett mastersprogram i offentlig upphandling. Programmet riktar sig till personer med olika akademisk bakgrund och syftar till att ge studenterna en grundlig förståelse för upphandlingsreglerna och tillämpningen av dessa regler i viktiga nationella och internationella system, däribland FN:s kommission för internationell handelsrätt, Världshandelsorganisationen och EU.

I Storbritannien finns även en mastersutbildning vid *Universitetet i Bangor*, Wales. Där finns även ett internationellt forskningscenter som bedriver forskning om bl.a. offentlig upphandling. Målen för mastersprogrammet är att ge studenterna kunskaper på forskarnivå och färdigheter inom de nationella, europeiska och internationella upphandlingsregelverken. Studenterna får lära sig att verka i gräns-

⁹⁴ Utbildningen kostar 60 000 kr och måste beställas av ett företag, myndighet eller motsvarande. Den berättigar inte till studiemedel. Inga antagningskrav finns.

⁹⁵ <http://lamp.itcilo.org/masters/proc/index.php?id=114>

snittet mellan rättsliga principer, miljö och andra strategiska mål för de offentliga och privata sektorerna.⁹⁶

I Litauen finns en masterutbildning i offentlig upphandling vid *Mykolas Romeris University*. Vissa universitet och högskolor har offentlig upphandling som tillval vid exempelvis juridik- och ekonomistudier. Under 2011 har Public Procurement Office of the Republic of Lithuania lagt fram ett förslag för att skapa en kandidat- eller mastersutbildning i offentlig upphandling vid de tre största universiteterna i Litauen.

I Nederländerna finns masterutbildningar i offentlig upphandling vid *Vrije universitetet i Amsterdam* och vid *Radboud universitetet i Nijmegen*.

Vid *Dublin City University* finns en mastersutbildning i strategisk upphandling. Målet med utbildningen är att lära studenterna att tänka strategiskt för att kunna möta förändrade kompetenskrav inom offentlig upphandling. Programmet är uppbyggt kring olika block och on-line-undervisning och ska därför vara passande att läsa på distans.

I samband med de samtal utredningen fört med ansvariga i de nordiska länderna för offentlig upphandling har även frågan om högskoleutbildningar dryftats. I Norge är möjligheterna till utbildning om offentlig upphandling på universitets- och högskolenivå begränsade. Det finns en fördjupningskurs på juristlinjen vid *Universitetet i Bergen*. *Högskolan i Molde* har en ettårig kurs i inköp och offentlig upphandling. Vidare erbjuder *Universitetet i Trondheim* en utbildning i supply chains.

I Danmark finns det två olika utbildningar på högskolenivå som erbjuder offentlig upphandling som enskilt ämne. Den ena är Master in Science in Business Administration and Commercial Laws vid *Copenhagen Business School (CBS)*, *Aarhus University Business School* och *University of Southern Denmark*.

⁹⁶ <http://www.bangor.ac.uk/courses/postgrad/research/courses.php.en?view=course&prospectustype=postgraduate&courseid=512&subjectarea=45>

3.6.4 Uppdragsutbildning

Uppdragsutbildning är en utbildningsform som erbjuds vid sidan om den ordinarie högskoleutbildningen. Det kan exempelvis röra sig om ett företag som beställer en skraddarsydd kurs för fortbildning av sina anställda från en högskola eller ett universitet.⁹⁷

Universitet och högskolor får bedriva uppdagsutbildning enligt bestämmelserna i uppdagsutbildningsförordningen⁹⁸. Uppdragsutbildningarna bygger på att ett avtal sluts mellan uppdragsgivaren (vanligtvis en arbetsgivare) och universitetet eller högskolan.

Universitetet eller högskolan får ge betyg och examens- eller kursbevis enligt bestämmelserna för högskoleutbildning på grundnivå och avancerad nivå, dock under förutsättning att samma kvalitetskrav ställs på uppdagsutbildningen som på motsvarande högskoleutbildning.

Tidigare har uppdagsutbildning i princip endast varit möjligt att tillgodose för anställda hos uppdragsgivaren.⁹⁹ Sedan den 1 januari 2011 är det dock möjligt för universitet och högskolor att, med stöd av reglerna om uppdagsutbildning, på uppdrag av statliga myndigheter, anordna uppdagsutbildning även för andra. Regeringen kan, t.ex. genom regleringsbrev till en statlig myndighet, besluta att en viss utbildning ska ges på uppdrag av svenska staten för *en bestämd kategori av personer*.¹⁰⁰ Vad som avses med begreppet en bestämd kategori av personer är inte klarlagt vare sig i förarbeten eller i praxis.

Yrkeshögskolan

Yrkeshögskolan syftar till att säkerställa att det erbjuds utbildningar inom branscher och områden där det finns ett uttalat behov av kvalificerad arbetskraft, vilket innebär att innehåll och inriktning på utbildningarna varierar beroende på arbetsmarknadens behov över tid.

⁹⁷ Högskolelagen och högskoleförordningen gäller huvudsakligen inte för utbildningen.

⁹⁸ Förordningen (2002:760) om uppdagsutbildning vid universitet och högskolor.

⁹⁹ Regeringen har i vissa fall beslutat om kompetensutvecklingsinsatser där uppdagsutbildningen avses ges till personer som inte är anställda hos den uppdragsgivande myndigheten. Universitet och högskolor fick dock tidigare inte anordna sådan utbildning enligt uppdagsutbildningsförordningen, eftersom den inte avsåg personalutbildning. Det har inneburit att regeringen särskilt har behövt reglera möjligheten för lärosätena att anordna viss typ av uppdagsutbildning.

¹⁰⁰ 3 § tredje stycket förordningen (2002:760) om uppdagsutbildning.

Myndigheten för yrkeshögskolan är ansvarig myndighet och analyserar och samlar löpande in information om arbetsmarknadens kompetensbehov inom olika branscher och regioner. Informationen används sedan som underlag vid bedömningen om vilka utbildningar som ska ingå i yrkeshögskolan. I myndighetens bedömning av ansökningar tas främst hänsyn till arbetsmarknadsrelevans och graden av samverkan med arbetslivet i utbildningen. Yh-utbildningen¹⁰¹ är kostnadsfri för studerande och berättigar till studiemedel.

Varje år publicerar Myndigheten för yrkeshögskolan en uppföljning av sysselsättningsgraden ett år efter examen hos dem som examinerats. När det gäller utbildningar med inriktning mot inköp, försäljning och distribution hade cirka 85 procent av de som tog examen 2010 fått anställning – eller arbetade med eget företagande – ett år efter examen.¹⁰² År 2011 fanns det 1 479 utbildningsplatser med avslut år 2012–2015 för yrket inköpare.¹⁰³

Det finns en pågående utbildning inom yrkeshögskolan inom upphandlingsområdet Strategiskt inköp – upphandlare inom offentliga verksamheter som avslutade sin första omgång 2012 och sin andra 2013 med 32 platser i varje omgång.¹⁰⁴

Certifiering av upphandlare

SOI startade under våren 2012 en särskild utbildning, syftande till certifiering av upphandlare. Certifieringen vill bidra till att höja professionens status, höja kompetensen hos professionens medarbetare, skapa kvalifikationskriterier för arbetsgivare samt bidra till en kvalitetshöjning inom hela den offentliga sektorn. Antagningskraven är relativt högt satta eftersom strävan är att de som ansöker också ska klara av examinationen. I princip bör den sökande ha en akademisk utbildning eller motsvarande kunskaper. Examinatorerna består av experter inom upphandlingsområdet. SOI bedömer

¹⁰¹ Kvalificerad yrkesutbildning (Ky-utbildning) är Yh-utbildningarnas föregångare. Ky-utbildningar har funnits i cirka 15 år, medan de första Yh-utbildningarna startade hösten 2009. Så småningom kommer alla utbildningar inom yrkeshögskolan att vara Yh-utbildningar, men under en övergångsperiod (längst fram till 2013) kommer båda utbildningsformerna att finnas.

¹⁰² Statistik inhämtad från Yh-myndigheten.

¹⁰³ Myndigheten för yrkeshögskolan, Utbildningar inom yrkeshögskolan – Utbildningsplatser som avslutas 2012–2018.

¹⁰⁴ Uppgiften inhämtad från Myndigheten för yrkeshögskolan.

att det kommer att hållas tre till fyra examinationstillfällen per år med tio personer per gång.¹⁰⁵

Den som certifieras ska motsvara högt ställda krav på följande fem kompetensområden; affärsmannaskap, juridik, organisationskunskap, ekonomi/kalkyler. Personen ska ha utredningsförmåga samt analytisk och kommunikativ kompetens. Särskild vikt läggs vid problemidentifikation, kalkyl- och värdeberäkningar, organisationskunskap, marknadsanalys samt informations- och kommunikationsteknik.

3.6.5 Forskning

Den offentligt finansierade forskningen uppgick 2012 till drygt 37 miljarder kronor eller cirka 1 procent av BNP. Den största delen av de statliga forskningsmedlen tillförs universitet och högskolor. Samtliga statliga universitet och högskolor har egna forskningsresurser och bedriver forskning.¹⁰⁶ De stora lärosätena bedriver undervisning och forskning inom ett stort antal områden. De mindre lärosätena satsar ofta på ämnesområden som exempelvis har relevans för det lokala näringslivet eller inom specifika ämnesområden. Universitetens eller högskolornas styrelser fattar beslut om strategiska satsningar och omprioriteringar i avsikt att få till stånd starka forskningsmiljöer. Styrelserna ska också stimulera universitetet eller högskolan till att profilera sig, samt ta initiativ till nationella och internationella utvärderingar av forskningsverksamheten. Ansvaret för forskningen ligger dock hos fakultetsnämnderna som består av vetenskapligt meriterade personer.

Forskningsområdet offentlig upphandling

Offentlig upphandling är, relativt andra forskningsinriktningar, ett begränsat forskningsområde i Sverige. Inom nationalekonomin finns en handfull forskare vid respektive Umeå och Örebro universitet, Södertörns Högskola och Statens Väg- och Transportforskningsinstitut som har offentlig upphandling som sitt huvudsakliga forskningsområde. Forskningen är i huvudsak empirisk och

¹⁰⁵ Det kostar cirka 7 000 kr att bli certifierad av SOI varav 1 000 kr för prövning av ansökan.

¹⁰⁶ Forskning och forskarutbildning bedrivs också hos följande enskilda utbildningsanordnare: Chalmers tekniska högskola AB, Stiftelsen Högskolan i Jönköping och Handelshögskolan i Stockholm.

bygger på data som omfattar upphandlingar genomförda av svenska myndigheter och enheter. Forskningen har hittills bland annat genererat kunskaper om hur anbudsgivarna reagerar på olika förutsättningar i upphandlingen, upphandlingen som miljöpolitiskt styrinstrument, konkurrensutsättning av äldreomsorg, utvärderingsgrunder och utvärderingsmodeller, karteller och specifikt Ban- och Vägverkens upphandlingar. Juridisk forskning med fokus på offentlig upphandling bedrivs i begränsad omfattning vid bl.a. Göteborgs, Stockholms och Umeå universitet.

På teorinivå finns en hyggligt bred kunskap om offentlig upphandling som ett resultat av internationella studier, men dessa har i huvudsak ett amerikanskt fokus. De juridiska (och institutionella) förutsättningarna i USA skiljer sig dock avsevärt från motsvarande kontext inom EU, varför det finns stora behov av utökad forskning utifrån ett EU-perspektiv.

Upphandlingsutredningens arbete för ökade satsningar på forskningsområdet

Regeringen lägger vart fjärde år fram en forsknings- och innovationsproposition, med förslag till prioriteringar för den kommande fyraårsperioden. Den nu aktuella forsknings- och innovationspropositionen innehåller prioriteringar för perioden 2013–2016.¹⁰⁷ Upphandlingsutredningen gjorde i februari 2012 ett inspel inför arbetet med den nämnda propositionen, avseende behovet av ytterligare forskning inom området offentlig upphandling.¹⁰⁸ Utredningen konstaterade att det bedrivs forskning om offentlig upphandling i mycket begränsad omfattning och påtalade behovet av att bredda forskningsfältet och samtidigt stärka den tvärvetenskapliga forskningen. Utredningen föreslog därför att ytterligare minst 10 miljoner kronor årligen skulle satsas på forskning om offentlig upphandling. Forskningspropositionen innehöll tyvärr inga specifika förslag om satsningar inom upphandlingsområdet. Men då propositionen är relativt allmänt hållen är det utredningens förhoppning att det ska ges ökat utrymme för forskningssatsningar inom området offentlig upphandling.

¹⁰⁷ Prop. 2012/13:30 Forskning och innovation.

¹⁰⁸ Upphandlingsutredningens skrivelse med dnr Fi 2010:06/2012/15.

Forskningsfinansiärer

Det finns fyra myndigheter som i huvudsak finansierar forskning i Sverige, nämligen Vetenskapsrådet, Forskningsrådet för miljö, areella näringar och samhällsbyggande (Formas), Forskningsrådet för arbetsliv och socialvetenskap (FAS) och Verket för innovationssystem (Vinnova). Vinnova fördelade under 2010 cirka 1,9 miljarder kronor, främst till behovsmotiverad forskning inom verksamhetsområdena teknik, transporter, kommunikation och arbetsliv. Vinnova har tidigare endast i begränsad utsträckning gett stöd till projekt kopplade till offentlig upphandling.¹⁰⁹ Under de senaste åren har emellertid s.k. efterfrågestyrda innovationsprocesser allt mera uppmärksammats, både i den akademiska litteraturen och i det praktiska arbetet hos innovationsmyndigheter i olika länder. Därvid har det också varit naturligt att beakta innovations efterfrågan inom offentlig sektor.

Utöver dessa forskningsfinansiärer finns flera andra myndigheter som finansierar forskning inom olika områden. Forskningsmedlen utgör då vanligtvis en mindre del av myndighetens anslag. Konkurrensverket ska, tillsammans med Rådet för forskningsfrågor, stimulera forskning inom konkurrens- och upphandlingsområdet samt medverka till att forskningen utvecklas kvalitativt och kvantitativt. Rådet är beredningsorgan vid Konkurrensverkets bedömningar om stöd till forskning och ska tillföra Konkurrensverket sådana resultat från utvecklingen inom de ekonomiska och juridiska vetenskaperna som kan ha betydelse för verksamheten. Regeringen har tidigare uttryckt att det finns ett behov av ökade satsningar på forskning om upphandling.¹¹⁰

Konkurrensverket ska i första hand använda forskningsmedlen till att finansiera forskningsprojekt på universitet och högskolor, men även till uppdragsforskning, seminarier och andra informationsinsatser om forskningens resultat. Under 2012 delades drygt tio miljoner kronor ut till olika forskningsprojekt inom konkurrens och upphandling. Tre projekt var inom området offentlig upphandling.¹¹¹

¹⁰⁹ Regeringen gav redan 2006 Nutek och Vinnova i uppdrag att i samråd med NOU utreda hur offentlig upphandling kan bidra till ökad innovation och kreativ förnyelse. Redovisning skulle utformas så att den kunde utgöra underlag för en policy med riktlinjer för offentlig upphandling som drivkraft för innovation och förnyelse.

¹¹⁰ Prop. 2008/09:1, Budgetpropositionen 2009.

¹¹¹ Uppgifter inhämtade från Konkurrensverket.

Upphandlingsstödutredningen har i delbetänkandet bedömt att det föreligger ett stort behov av forskning om offentlig upphandling och menar att frågan om vilken myndighet som bör förvalta forskningsmedel till offentlig upphandling är avhängigt storleken på medlen. Om substantiella nya medel tillskjuts för forskning om offentlig upphandling bör dessa disponeras av det föreslagna samordnade upphandlingsstödet som då bör inrätta ett särskilt råd för forskning.

Upphandlingsstödutredningen anser vidare att, om inga substantiella nya medel tillskjuts, bör Konkurrensverket behålla ansvaret för forskningen om offentlig upphandling. I det fallet bör det samordnade upphandlingsstödet nominera tre av ledamöterna i Konkurrensverkets råd för forskning. Likaså bör personal från det samordnade upphandlingsstödet delta i beredningen av forskningsansökningar utifrån samma förutsättningar som Konkurrensverkets tjänstemän.¹¹²

3.6.6 Upphandlingsutredningens bedömning

Utbildning

Offentlig upphandling präglas av krav på bred kompetens hos utövarna på en rad områden, som juridik, ekonomi, teknik, miljö och sociala hänsyn. Kunskap på dessa områden är på många sätt en färskvara och måste ständigt uppdateras. I dag finns bara enstaka kurser om offentlig upphandling på högskolenivå, i stort sett samtliga inom ämnesområdet juridik. Inom ämnesområdet ekonomi saknas helt inriktning mot området offentlig upphandling. Utredningens analyser visar att kompetensbrister av olika slag leder till allvarliga problem och brister inom den offentliga upphandlingen. Konsekvenserna är att det blir svårare att göra goda affärer, vilket bl.a. leder till sämre hushållning med skattemedlen.

Mot bakgrund av den offentliga upphandlingens omfattning är det svårt att förstå att så begränsade resurser avsätts till forskning och utbildning på området. En kvalificerad utbildning i offentlig upphandling på universitetsnivå – förslagsvis på avancerad nivå – skulle verksamt bidra till att på sikt höja kompetensen och kunskaperna hos dem som arbetar som upphandlare. Rekryteringen av upphandlare med en mer ämnesöverskridande kunskap, och där-

¹¹² *Upphandlingsstödet framtid*, SOU 2012:32, s. 191.

med för offentlig upphandling bättre anpassad kompetens, skulle i hög grad underlättas.

Initiativet om en certifiering av upphandlare är lovvärt men är främst riktat till de som redan har hör kompetens inom offentlig upphandling. Det kan därför inte ersätta behovet av kvalificerad utbildning på universitetsnivå. De specifika kunskapskrav som SOI tagit fram för certifieringen av upphandlare är enligt Upphandlingsutredningens bedömning ett gott exempel på vad kompetenta upphandlare bör behärska. Kunskapsbehovet är brett, inte minst därför att en offentlig upphandlare ska kunna upphandla de mest skilda varor och tjänster, även byggentreprenader och därtill inom ramen för en lagstiftning som både är europeisk och nationell. En god upphandlare måste ha ett affärsmässigt sinnelag, vara analytisk och kreativ, allmänbildad, lösningsorienterad samt ha ett strukturerat arbetssätt. En god kommunikativ förmåga är också central. Utöver de personliga egenskaperna krävs bred kunskap om det offentliga, bl.a. avseende lagstiftningen om offentlighet och sekretess samt mutbrott men även statskunskap för att rätt förstå den politiska organisation som upphandlaren är satt att arbeta inom. Vidare krävs kunskap om EU-rätten, liksom allmän civilrätt och avtalsrätt.

Med hänsyn till de växlande arbetsuppgifter som en upphandlare ställs inför kräver yrket en akademisk bakgrund eller motsvarande kunskaper. Enligt utredningens mening kräver ett arbete som offentlig upphandlare en kombinationsutbildning med juridik, ekonomi och teknik som bas. Slutsatsen blir att en utbildning i offentlig upphandling bör ligga på *avancerad nivå*. Det blir då möjligt för grupper med olika grundutbildningar/ämnesbakgrund att söka, exempelvis ingenjörer, ekonomer, jurister och praktiker med några års erfarenhet inom yrket. Utbildningen kan med fördel bestå av olika block som inte behöver läsas i följd under samma läsår. En student kan då påbörja utbildningen ett läsår för att avsluta den ett annat. Ett sådant upplägg kan underlätta studier för yrkesverksamma personer.

Upphandlingsutredningen har i en annan del av betänkandet uttalat sig till förmån för ökad samverkan mellan olika upphandlande myndigheter och enheter (se avsnitt 3.5). Vid inköpssamverkan kan man dra nytta av den samlade kompetensen hos personer med olika bakgrund och erfarenheter för att möta de olika behov som upphandlingar av olika slag kräver. Utöver utbildningar på avancerad nivå inom universitetsutbildningen är det därför av

vikt att utbildning inom området offentlig upphandling sprids på olika nivåer i utbildningssystemet såsom på grundnivå i högskola, i yrkeshögskolan samt privata kursanordnare.

Som redovisats ovan finns det i dag ingen sammanhållen utbildning inom ämnesområdet offentlig upphandling. Många universitet och högskolor ställer sig dock positiva till utbildningssatsningar inom offentlig upphandling och instämmer i den kompetensbild som utredningen redogjort för avseende vad som bör ingå i en sådan utbildning.

Stockholms och Göteborgs universitet, som har specialkurser i offentlig upphandling inom ramen för juristprogrammet, har båda pekat på kursernas popularitet. Det är därför utredningens förhoppning att detta betänkande kan bidra till att olika universitet och högskolor på eget initiativ ger prioritet åt utbildningar inom upphandlingsområdet. En förutsättning torde dock i de flesta fall vara att budgetramarna för grundutbildningen höjs eller att annan utbildning stryks – detta på grund av att många lärosäten fått se sina anslag reducerade. Eftersom det finns starka behov av en kompetenshöjning inom området föreslår Upphandlingsutredningen att regeringen därtill gör en riktad satsning på utbildning i offentlig upphandling. Staten bör därför finansiera professorer inom ämnesområdet, inledningsvis under en femårsperiod. Med hänsyn till att området spänner över många olika ämnen bör detta återspeglas i professorernas inriktning som lämpligen bör vara i juridik, ekonomi och samhällsvetenskap.

Uppdragsutbildning

Det finns, enligt Upphandlingsutredningens mening, starka skäl för staten att ta ansvar för att höja och utveckla upphandlingskompetensen i Sverige. Som ett komplement till förslaget ovan att bredda utbildningen på universitetsnivå kan uppdragsutbildning vara ett bra medel. En förutsättning för att uppdragsutbildning ska kunna ges på uppdrag av en statlig myndighet är dock, enligt uppdragsutbildningsförordningen, att det går att definiera en *bestämd kategori av personer*. Enligt Upphandlingsutredningens mening kan en sådan definition exempelvis inbegripa personer med akademisk bakgrund med erfarenhet av offentlig upphandling, krav på offentlig anställning, viss arbetslivserfarenhet m.m. Eftersom det ännu inte finns praxis kring denna bestämmelse är det dock svårt

att avgöra hur snäv avgränsningen av definitionen måste vara. Förarbetena ger heller ingen ledning.

Ansvaret för uppdragsutbildningen bör ligga på det samordnade upphandlingsstödet. Denna myndighet förväntas besitta den nödvändiga överblicken över hela upphandlingsområdet och därmed den kompetens som krävs för att sätta ramarna för utbildningen.

Om det skulle visa sig att uppdragsutbildning av ovan angivna skäl inte är en framkomlig väg, återstår möjligheten att det samordnade upphandlingsstödet upphandlar utbildningen i konkurrens.¹¹³

Forskning

Kunskapsbristerna inom området offentlig upphandling är stora. En viktig orsak är den hittills mycket begränsade forskningen på området. Samhällets behov av analys och kunskap om effekterna av den offentliga upphandlingen kan bara mötas genom att avsevärt bredda forskningen, både vad avser teori men framförallt empiri. Att inrätta professurer som ansvarar för och leder forskning och forskarutbildning i olika ämnen inom området offentlig upphandling är en grundförutsättning för att det allmänna ska få ett långt bättre och mera välgrundat underlag för den roll som upphandlingen spelar. Forskning inom ämnen som juridik, ekonomi och samhällsvetenskap kan bidra med värdefull ny kunskap. Ett område där behovet av forskning är extra stort gäller frågan om, när och hur offentlig sektor bör konkurrensutsätta sina olika verksamheter. Det rör sig om komplexa situationer som nog måste analyseras, inte bara utifrån ekonomiska, administrativa och juridiska utgångspunkter. Det är minst lika viktigt att beakta både de kort- och långsiktiga konsekvenserna välfärdsservicen och samhället i stort.

Ett annat område, där ytterligare forskning behövs, avser vilken roll den offentliga upphandlingen kan spela jämfört med andra styrmedel i arbetet för en mer hållbar utveckling. Forskning behövs också för att skapa större klarhet på områden där olika uppfattningar torgförs – ofta utan vetenskapligt stöd – om den offentliga upphandlingens effektivitet. Ett sådant exempel är de samordnade ramavtalens inverkan på små och medelstora företags möjligheter att delta i offentliga upphandlingar och ramavtalens betydelse för små myndigheter.

¹¹³ Privata högskolor är inte styrda av uppdragsutbildningsförordningen.

Ökad forskning skulle också kunna öka olika yrkesgruppers förståelse för hur en professionell rollfördelning inom upphandlingen bör se ut. En breddad forskning utgör vidare grunden för en angelägen metodutveckling inom olika områden, inte minst på det sociala området.

Forskning behövs enligt utredningen således i bl.a. rättsvetenskap, nationalekonomi, företagsekonomi, miljövetenskap, arkitektur, design, beteendevetenskap, hälso- och sjukvård samt vård och omsorg. Behovet är stort av tvärvetenskapliga ansatser eftersom många av de frågeställningar som berörs är komplexa och kräver studier inom många olika discipliner.

Upphandlingsutredningen anser sammanfattningsvis att behovet av forskning på upphandlingsområdet är omfattande och bör ges hög prioritet.

Forskningsfinansiärer

För att förbättra förutsättningarna för forskning på det aktuella området bör, förutom riktade anslag till universitet, högskolor och Konkurrensverket, det föreslagna nya samordnade upphandlingsstödet få väsentligt ökade forskningsanslag. För att kunna uppnå kritisk massa, vilket bl.a. behövs för att säkra kvaliteten på forskningen och för att möjliggöra tvärvetenskapliga projekt, krävs att medel avsätts för finansiering av minst tiotalet större projekt årligen. Med utgångspunkt från den schablon för forskningsfinansiering som Konkurrensverket tillämpar skulle det motsvara 10–15 miljoner kronor per år i ytterligare anslag.

Upphandlingsutredningen instämmer i Upphandlingsstödutredningens förslag att nya forskningsmedel på upphandlingsområdet bör disponeras av det föreslagna nya samordnade upphandlingsstödet, dvs. om substantiella nya medel tillskjuts för ändamålet och stödets kompetens breddas och fördjupas. Upphandlingsstödet eller Konkurrensverket bör också få i uppgift att samla in och göra tillgänglig sådan upphandlingsforskning som är relevant för upphandlande myndigheter och enheter.

Extra medel till det föreslagna samordnade upphandlingsstödet kan kompletteras med medel både till Vinnova och till Vetenskapsrådet, i syfte att möjliggöra en specialutlysning med inriktning mot offentlig upphandling. Vinnova har ansvar för innovationsfrågor – ett område där upphandlingen kan spela en viktig roll. Vetenskaps-

rådet är en av de mer prestigefulla forskningsfinansiärerna i Sverige. En specialutlysning via rådet skulle utgöra en signal om upphandlingsområdets betydelse och kunna attrahera forskare som normalt inte identifierat Konkurrensverket som forskningsfinansiär.

Forskning om offentlig upphandling lider i dag stort av den bristfälliga statistik som finns. Med det förslag om förbättringar i statistiken som Upphandlingsutredningen presenterar kommer förutsättningarna för forskningen att förbättras (se kapitel 10).

3.7 Elektronisk upphandling

3.7.1 Inledning

Det är en spridd uppfattning att offentlig upphandling är krånglig och innebär omfattande processer som kräver mycket manuellt och därmed tidsödande arbete för både upphandlande myndigheter och leverantörer. De pappersbaserade processerna medför att det är lätt att göra fel när ett anbud ska utformas. Anbudsgivaren förbiser inte sällan att fylla i en ruta eller glömmar att skicka med ett dokument. Sådana formaliafel leder i många fall till att anbudet i fråga förkastas. Konsekvensen är att anbudsgivaren inte får chansen att konkurrera om affären och att den upphandlande myndigheten går miste om en potentiellt god affär.

Manuella, pappersbaserade processer minskar de upphandlande myndigheternas och enheternas överblick och kontroll över vilka upphandlingar som genomförts och därmed vilka kontrakt som är i kraft. Detta kan i sin tur leda till att uppföljningar och utvärderingar blir svåra att utföra på ett konsekvent sätt.

En lösning på de beskrivna problemen utgörs av en övergång till användandet av elektroniskt systemstöd i upphandlingsarbetet. Det finns goda erfarenheter av att väl utformade it-lösningar leder till en betydande effektivisering av upphandlingsverksamheten. Transaktionskostnaderna minskas, och detsamma gäller för felkällorna.

En förutsättning för att en övergång till e-upphandling ska vara framgångsrik, är dock att själva processen hanteras som en del av den övergripande strategin inom den upphandlande myndigheten eller enheten.

Utvecklingen på området går enligt flera studier förvisso åt rätt håll. Allt fler upphandlande myndigheter och enheter har insett fördelarna med it-baserade verktyg och använder, eller planerar att

införskaffa sådana till stöd för sitt arbete. Ska Sverige bli bäst i världen på att använda den digitala tekniken inom upphandlingsområdet måste utvecklingen gå än snabbare än vad som är fallet i dag.¹¹⁴

Det kommande avsnittet innehåller först en kortfattad redogörelse över innehållet i delbetänkandet, inklusive remissinstansernas synpunkter. Därefter finns en genomgång av viktiga begrepp och något om lagstiftningen på området. Avsnittet innehåller också en redogörelse för vilka aktiviteter som pågår på området. Efter det redogörs för olika möjligheter och risker med en övergång till elektroniska system. I det sammanhanget beskrivs några goda exempel. Utredningens överväganden kommer sist i avsnittet.

3.7.2 Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

Under utredningsarbetet pekade nästan samtliga intressentgrupper ut elektronisk upphandling som ett viktigt medel för att förenkla och effektivisera den offentliga upphandlingen. Företagens och näringslivsorganisationernas inställning till e-upphandling var överlag positiv.

Från de upphandlande myndigheternas och enheternas sida efterfrågades ökad information och vägledning om e-upphandling. Exempelvis önskade man information om vilka programvaror och stödprogram för införskaffandet som finns samt hjälp med kravställning vid inköp, utvärdering och implementering av olika it-verktyg.

Det angavs att utredningens fortsatta arbete skulle ske i samarbete med Kammarkollegiet i syfte att underlätta ett snabbt genomförande av elektronisk upphandling i Sverige.

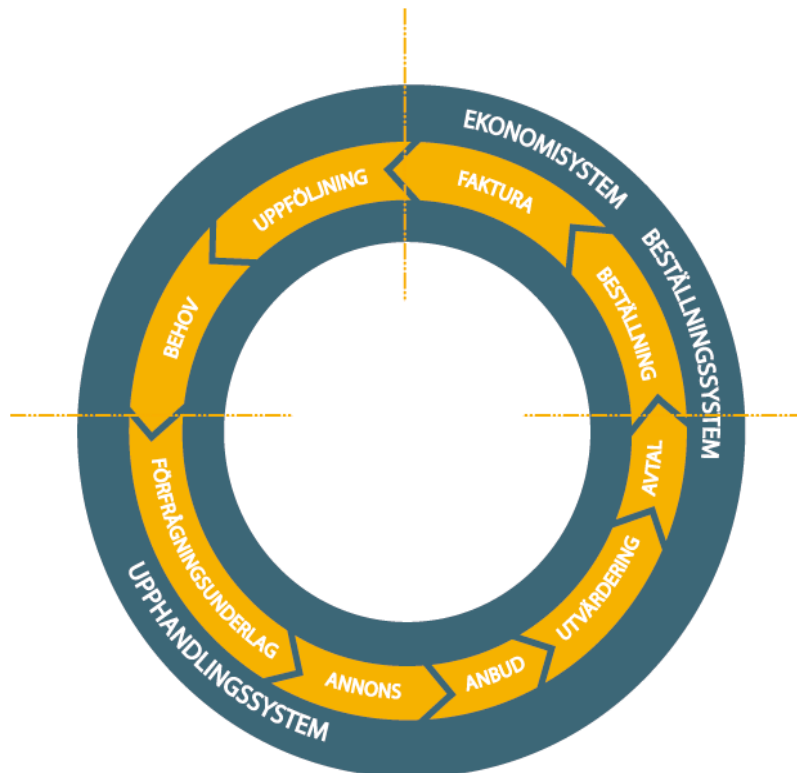
Remissinstanserna instämde i stort med att elektronisk upphandling har potential att bidra till förenklingar och effektiviseringar för alla.

Det framfördes bl.a. att den underlättar inlämnandet av statistikuppgifter, förenklar prisjämförelser samt har positiv inverkan på små och medelstora företags intresse och möjligheter att delta i offentliga upphandlingar. Det anfördes också att införandet av elektronisk upphandling borde vara ett självklart strategiskt beslut för att uppnå effektivare inköp.

¹¹⁴ Det är målet enligt *it i människans tjänst - En digital agenda för Sverige*, Diarienummer 2011/342/ITP.

Det ansågs viktigt att säkerställa att de elektroniska systemen inte förvärrar användningen av funktionsupphandling och annan innovationsvänlig upphandling.

3.7.3 Vad menas med elektronisk upphandling?



Det finns en mängd olika termer och begrepp kopplade till elektronisk upphandling. Detta avsnitt innehåller en redogörelse över de mest centrala begreppen och deras betydelse.

Europeiska kommissionen definierar begreppet elektronisk upphandling på följande sätt:

E-upphandling är en övergripande benämning för IKT¹¹⁵-baserad – i stället för pappersbaserade förfaranden – kommunikation och behandling i hela upphandlingskedjan. E-upphandling innebär att elektroniska processer införs för att understödja de olika faserna i ett upphandlingsförfarande – offentliggörande av meddelanden om upphandling, tillhandahållande av förfrågningsunderlag, inlämning av anbud, utvärdering, tilldelning, order, fakturering och betalning.¹¹⁶

Vad som kännetecknar en **fullständigt elektronisk upphandlingsprocess** är att informationen i förfrågningsunderlaget och anbuden bara behöver registreras en gång, för att sedan bearbetas på olika sätt. Processen kan vara formulärbaserad, dvs. underlagen skapas och registreras direkt i systemet, eller dokumentbaserad, vilket innebär att informationen utformas i separata dokument som i sin tur överförs elektroniskt. I det senare fallet måste kvalificering och utvärdering av anbuden göras manuellt eller separat i ett annat system.

När man talar om e-upphandling avser man fasen fram till kontrakt, dvs. *pre award procurement*. Det är således den del av processen som upphandlingsdirektiven reglerar.

Med **e-handel**, *post award procurement*, avses de elektroniska processer som rör beställningar, leveranser och fakturahantering.¹¹⁷ E-handel är följaktligen den del av upphandlingsprocessen som är närmast förknippad med den upphandlande myndighetens eller enhetens ekonomisystem. **Elektroniska plattformar** kan ha olika beståndsdelar men de varianter som förekommer innehåller ofta en möjlig koppling till ett upphandlingssystem, en annonsportal eller beställnings- och faktureringsmoduler.

Som bilden ovan visar har de flesta upphandlande myndigheter och enheter sin avtalsdatabas, dvs. den samlade informationen om vilka avtal som upphandlats och som är i kraft, i ett separat elektroniskt system.¹¹⁸

Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet ger vägledning för den del av den elektroniska processen som rör upphandling. ESV

¹¹⁵ Informations- och kommunikationsteknologi.

¹¹⁶ Europeiska kommissionen, *Grönbok om en ökad användning av elektronisk upphandling i EU*, Bryssel den 18.20.2010, KOM (2010)571 slutlig. Det bör observeras att den svenska versionen innehåller en felöversättning av begreppet *procurement process*, här inbegrips både *pre-award* respektive *post-award*. Rätteligen bör *upphandlingsprocessen* utgå till förmån för *inköpsprocessen*, se vidare nedan för en diskussion kring skillnaden mellan dessa begrepp.

¹¹⁷ Definitionen baseras på Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiets, ESV:s och SKL:s definitioner av begreppet i samarbetet som bedrivs inom organisationen SFTI.

¹¹⁸ Det bör observeras att det inte är fråga om några öppna, offentliga databaser. Det är upphandlande myndigheters och enheters interna organisation som beskrivs.

stödjer de statliga myndigheternas införande av e-handel. SKL svarar för motsvarande stöd till kommuner och landsting.¹¹⁹ Single Face to Industry (SFTI) är ett samarbete mellan de nämnda myndigheterna och SKL, som tidigare främst arbetat med att främja förutsättningarna för elektronisk handel i syfte att skapa en kostnads-effektivare hantering av beställnings- och fakturaprocesserna och som numera arbetar på motsvarande sätt även med e-upphandlingsprocessen. Arbetet är framförallt inriktat på att ta fram öppna standarder för elektronisk affärskommunikation. Några exempel på öppna standarder som SFTI utvecklat är svefaktura¹²⁰, svekatalog och sveorder.

Ett centralt begrepp i samband med e-upphandling är **elektroniska signaturer** eller elektroniska underskrifter, som är det svenska begreppet. En underskrift kan vara aktuell dels vid inlämnandet av anbudet och dels vid underskrift av kontraktet. Förutom det självklara syftet att kontrollera identiteten på den som skriver under kan elektroniska underskrifter också utgöra en del i den säkerhetslösning som ska förhindra att anbuden blir tillgängliga för någon obehörig. Ännu återstår vissa frågor att lösa kring användningen av elektroniska underskrifter i samband med e-upphandling, t.ex. hur man på ett smidigt sätt och med en hög grad av automatiska kunna kontrollera behörigheten när någon annan än firma-tecknaren skriver under anbudet eller kontraktet.

Elektroniska kataloger är i upphandlingssammanhang ett format för att organisera och presentera pris- och produktinformation på ett sätt som är gemensam för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling. Elektroniska kataloger är en av nyheterna i förslagen till nya upphandlingsdirektiv, se mer om förslagen i nästa avsnitt.

Vad säger LOU och LUF om elektronisk upphandling?

I LOU och LUF används inte begreppet elektronisk upphandling. I lagarna regleras i stället kommunikationen mellan myndigheterna/enheterna och anbudssökanden/anbudsgivarna. Ett begrepp som finns definierat i lagarna är **elektroniska medel**. Med elektroniska medel avses medel som överför signaler via tråd eller

¹¹⁹ Se t.ex. SKL och ESV, *E-handel – Redovisning och juridik*, Kommentus Förlag 2006, ESV 2006:19.

¹²⁰ Svefaktura (SFTI Basic Invoice version 1.0) är statens standard för e-faktura, 3 § VERVAFS 2007:1.

radiovågor, på optisk väg eller via andra elektromagnetiska överföringsmedier.¹²¹ Information om hur anbud ska lämnas måste alltid finnas med i annonsen eller förfrågningsunderlaget. Det är ingen skyldighet att använda elektroniska medel för kommunikationen utan de upphandlande myndigheterna och enheterna väljer fritt om anbud ska lämnas skriftligen eller med elektroniska medel. Tidsfristerna för att lämna anbud får förkortas om den upphandlande myndigheten beslutat att anbuden ska lämnas elektroniskt.

Vidare är det särskilt angivet att om elektroniska medel används så ska dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används.¹²² På grund av den absoluta anbudssekretessen krävs att de upphandlande myndigheterna och enheterna kan ta emot anbudsansökningar och andra relaterade dokument på ett säkert sätt. Utrustningen som används för mottagande måste därför vara försedd med säkerhetsanordningar.¹²³ Som exempel anges att upphandlande myndigheter kan kräva att anbuden ska vara försedda med en avancerad elektronisk signatur.¹²⁴

Elektronisk auktion är ett särskilt förfarande som kan användas i det avslutande skedet av en upphandling.¹²⁵ Upphandlingen kan t.ex. inledas genom ett öppet förfarande och den upphandlande myndigheten eller enheten utvärderar anbuden i enlighet med förfrågningsunderlaget. De anbudsgivare som lämnat godtagbara anbud, dvs. som uppfyller samtliga krav, inbjuds att delta i auktionen. Därefter tar den elektroniska auktionen vid och resulterar etappvis i nya lägre priser, eller andra värden såsom leveranstid.¹²⁶ Elektroniska auktioner har hittills använts i relativt liten omfattning i Sverige.¹²⁷

¹²¹ 2 kap. 6 § LOU, LUF.

¹²² 9 kap. 2 § LOU.

¹²³ 9 kap. 3 § LOU.

¹²⁴ Enligt lagen (2000:832) om elektroniska signaturer. En avancerad elektronisk signatur måste vara uteslutande knuten till undertecknaren. Undertecknaren kan identifieras genom den. Den är skapad på ett sådant sätt att undertecknaren har kontroll över signaturen. Ändringar i den elektroniska signaturen kan upptäckas.

¹²⁵ 2 kap. 6 a § LOU samt kap. 5 a LOU och LUF.

¹²⁶ Auktionen kan avslutas på tre sätt; vid en från början fastställd tidpunkt, när det inte längre kommer fram nya priser eller när de från början fastställda antalet auktionsetapper har genomförts. Förfrågningsunderlaget ska givetvis innehålla samtliga förutsättningar för hur hela upphandlingen, inklusive hur den elektroniska auktionen ska gå till. Möjligheten att använda elektroniska auktioner infördes i LOU och LUF först den 15 juli 2010 och då för upphandlingar såväl över som under EU:s tröskelvärden.

¹²⁷ De som utredningen känner till rör samtliga telefoni.

3.7.4 Vad händer på området elektronisk upphandling?

Pågående initiativ inom EU

Området elektronisk upphandling har varit prioriterat inom unionen sedan en längre tid. Den har bl.a. kommit till uttryck i en särskild grönbokskonsultation¹²⁸ och i förslagen till nya upphandlingsdirektiv (se nedan).

EU-kommissionen har utvecklat en digital agenda för Europa.¹²⁹ Agendan innehåller bl.a. 16 nyckelåtgärder i syfte att uppnå varaktiga ekonomiska och sociala vinster med hjälp av en digital inre marknad, baserad på snabbt och ultrasnabbt internet och interoperabla tillämpningar. Åtgärder som har direkt koppling till offentlig upphandling handlar om en fortsatt översyn av standardiseringspolitiken.¹³⁰ Ändringar av direktivet i fråga om elektroniska signaturer och lagstiftningen om ömsesidigt erkännande av e-identifiering och e-autentisering har aviserats som ett sätt att snabba på utvecklingen av elektroniska hjälpmedel.¹³¹

Kommissionen har också tagit fram en strategi för e-upphandling.¹³² I strategin finns femton konkreta åtgärder för att främja elektroniska lösningar. Kommissionen konstaterar att övergången till en fullständig elektronisk upphandlingsprocess inte främst är en teknisk utmaning utan framförallt en ekonomisk och politisk utmaning, som inte kan övervinnas utan ett starkt engagemang på högsta politiska nivå. Förutom detta är avsaknaden av standarder det största hindret mot ökad användning av e-upphandling.

Kommissionen har låtit inrätta en expertgrupp för e-upphandling, e-TEG.¹³³ Gruppen, som inledde sin verksamhet i början av 2012, har till uppgift att ta fram en rapport med rekommendation om vilka åtgärder som behöver vidtas för att stödja framväxten av moderna elektroniska lösningar för offentlig upphandling. Gruppen ska också lämna förslag om hur dessa bör vara utformade för att

¹²⁸ Europeiska kommissionen, *Grönbok om en ökad användning av e-upphandling i EU*, KOM(2010) 571 slutlig.

¹²⁹ *En digital agenda för Europa*, Bryssel 2010-08-26, KOM(2010)245 slutlig/2.

¹³⁰ Här avses det arbete som sker inom ramen för de europeiska standardiseringsorganen i deras samarbete med internationella dito, se vitbok om en moderniserad IKT-standardisering i EU – vägen framåt, Bryssel den 2009-07-03, KOM(2009)324 slutlig.

¹³¹ KOM (2012) 238 slutlig.

¹³² European commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A strategy for e-procurement*, Brussels 2012-04-20, COM(2012) 179 final.

¹³³ Expert Group on Pre-Awarding E-procurement, European Commission, Internal Market and Services DG, Brussels, 29.07.2011.

underlätta för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. De små och medelstora leverantörernas perspektiv ska särskilt beaktas.¹³⁴ Samtidigt fick ett konsultbolag i uppdrag att samla in och sammanställa fakta och goda exempel kring e-upphandling. Resultatet av detta uppdrag har ännu inte nått sin slutliga form. Ett utkast publicerades dock i december 2012 under namnet *The Golden Book of Good Practice*.¹³⁵

Andra projekt som har en koppling till e-upphandling, är t.ex. konsortiet Pan-European Public Procurement Online, (PEPPOL). Projektet startades 2008 och syftade till att alla företag inom EU i framtiden ska kunna kommunicera elektroniskt med alla myndigheter i samtliga medlemsstater.¹³⁶ Det övergripande målet är att öka effektiviteten och minska transaktionskostnaderna. PEPPOL har för ändamålet t.ex. utvecklat en öppen standardiserad elektronisk plattform. ESV deltar i arbetet från Svensk sida.

Standarder har hittills huvudsakligen utvecklats för e-handelsprocessen. En särskild satsning på framtagande av standarder på upphandlingsområdet sker inom den europeiska standardiseringsorganisationen CEN. Det sker framförallt i workshop-form, i vad som kallas CEN/BII.¹³⁷ Sverige deltar aktivt i arbetet genom SFTI. Exempelvis de tidigare nämnda standarderna svekatalog, sveorder m.fl. baseras på denna standard.

Förslagen till nya upphandlingsdirektiv

Förslagen till nya upphandlingsdirektiv innehåller bestämmelser om att all kommunikations- och informationsutbyte ska ske i elektronisk form.¹³⁸ Bestämmelserna är dock primärt begränsade till att gälla själva anbudslämnandet och berör inte de delar av upphandlingsförfarandet som gäller kvalificering, utvärdering eller

¹³⁴ Avsikten var att arbetsgruppen skulle presentera resultatet i december 2012. Eftersom förhandlingarna om nya upphandlingsdirektiv inte var färdiga har presentationen av arbetet skjutits upp.

¹³⁵ Utkastet är framtaget av PriceWaterhouseCooper och hittas på EU Kommissionens direktoratet för inre marknadens webbsida (per den 23 januari 2013) http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/e-procurement/conferences/121214_e-procurement-golden-book_en.pdf.

¹³⁶ Projektet har nyligen avslutats och ett nytt projekt benämnt Open PEPPOL tagit vid. Se vidare på webbsidan <http://www.peppol.eu/>

¹³⁷ CEN workshop on Business Interoperability Interfaces for Public Procurement in Europe, se <http://www.cenbii.eu/>

¹³⁸ Artikel 19 det klassiska direktivförslaget, samt artikel 34 förslaget till reviderat försörjningsdirektiv. Det bör observeras att bestämmelsernas slutliga utformning inte var färdigförhandlade när slutbetänkandet gick i tryck.

tilldelning av kontrakt. Det innebär således inte att medlemsstaterna ska bli skyldiga att införa helt elektroniska processer, även om det står medlemsstaterna fritt att gå längre än vad förslagen säger.

I förslagen regleras kommunikationen mellan upphandlande myndigheter/enheter och anbudsgivare/anbudssökande. Liksom enligt nu gällande lagstiftning får de elektroniska lösningarna som används för kommunikation inte vara diskriminerande, de måste vara allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används. Definitionen av begreppet elektroniska medel är således inte förändrad.

I nu gällande direktiv finns en referens till elektroniska kataloger¹³⁹ i skälen (12). Det är inte avsikten att anbudsgivarna ska kunna sända in prislister eller kataloger som de tagit fram för sin egen verksamhet, utan materialet som sänds in ska vara anpassat för den aktuella upphandlingen. Anbud får t.ex. inte innehålla andra varor eller tjänster än de som den upphandlande myndigheten efterfrågar. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vilken utformning och vilket format som ska användas i varje enskild upphandling. Att bestämmelser om elektroniska kataloger nu föreslås föras in i upphandlingsdirektiven ska ses som en del av EU:s övergripande politik för att främja e-upphandling. Som förslaget är utformat blir det dock frivilligt för medlemsstaterna att införa elektroniska kataloger.¹⁴⁰ Det är dock möjligt för medlemsstaterna att göra användningen av elektroniska kataloger obligatorisk för vissa typer av upphandlingar.

Som förslagen är utformade finns det möjlighet att skjuta på införandet av bestämmelserna om elektroniska medel i två år efter det att övriga bestämmelser ska vara införda.¹⁴¹ Den förlängda införandetiden gäller dock inte för de förfaranden som förutsätter elektronisk behandling. Beträffande dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger måste regler om elektronisk kommunikation införas inom den ordinarie genom-

¹³⁹ Elektroniska kataloger är som tidigare nämnts ett format för att organisera och presentera pris- och produktinformation på ett sätt som är gemensam för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling.

¹⁴⁰ Artikel 34 och beaktandesatserna 19 b och d samt 23 det klassiska direktivförslaget. Artikel 48 och beaktandesatserna 27 b och d samt 31 förslag till reviderat försörjningsdirektiv. Bestämmelsernas slutliga utformning var ännu inte fastställd när detta betänkande överlämnades till tryck.

¹⁴¹ Artikel 92 det klassiska direktivförslaget respektive artikel 102 i förslag till reviderat försörjningsdirektiv. Förhandlingar om bestämmelsernas slutliga utformning pågick när betänkandet överlämnades till tryck.

förändretiden. Det blir troligen inte heller möjligt att skjuta upp obligatoriet för inköpscentraler.

Den s.k. grenomförandeutredningen har fått i uppdrag att ge förslag på hur bestämmelserna om elektronisk kommunikation och elektroniska kataloger bör genomföras i svensk rätt.¹⁴²

Vad är på gång i Sverige?

Näringsdepartementet presenterade hösten 2011 *It i människans tjänst – en digital agenda för Sverige*.¹⁴³ Agendan är en sammanhållen strategi som syftar till att statens befintliga resurser ska utnyttjas bättre. I agendan föreslås ett nytt mål för it-politiken; Sverige ska vara bäst i världen på att använda digitaliseringens möjligheter.

Det finns ingen statlig myndighet i dag som har ett samlat ansvar för it-politiska frågor. Regeringen har därför tillsatt en kommission – Digitaliseringskommissionen – med uppdrag att verka för att målen i den digitala agendan uppnås.¹⁴⁴

Regeringen har också tagit fram en e-förvaltningsstrategi¹⁴⁵ med fokus på effektivisering av statsförvaltningen som utgår från tre centrala värden: enkelhet, öppenhet och innovationskraft. Strategin innehåller mål om att fler myndighetstjänster ska ha öppna gränssnitt, att myndigheternas digitala säkerhet ska öka och att myndigheter ska samverka mer med varandra och med kommuner, företag och andra organisationer för att låta fler delta i utvecklingen av innovativa digitala tjänster

ESV leder och samordnar införandet av e-handel i staten.¹⁴⁶ Senast vid utgången av 2013 ska inalles 170 statliga myndigheter hantera sina beställningar elektroniskt. ESV ger stöd till myndigheter och information till näringslivet inför övergången och redovisar löpande hur långt myndigheterna kommit. Kommunernas och landstingens införande har pågått successivt sedan slutet av 1990-talet. E-handel har redan införts i många kommuner och landsting, om än i varierande omfattning. Flertalet av kommunerna och landstingen har infört e-fakturering och införandet fortsätter successivt.

¹⁴² Dir 2012:96, uppdraget ska redovisas den 1 april 2013.

¹⁴³ Dnr 2011/342/ITP.

¹⁴⁴ Dir. 2012:61 uppdraget ska slutredovisas senast den 31 december 2015.

¹⁴⁵ *Med medborgaren i centrum – Regeringens strategi för en digitalt samverkande statsförvaltning*, Näringsdepartementet 17 december 2012, N2012:37.

¹⁴⁶ Se även avsnitt 10.5 där ESV:s arbete redogörs för mer i detalj. ESV:s arbete kan följas på www.esv.se/amnesomrade/E-handel

Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet ska bidra till att upphandlingens strategiska betydelse för den offentliga verksamheten stärks.¹⁴⁷ I uppdraget som Upphandlingsstödet fått ligger bl.a. att främja utvecklingen av elektronisk upphandling. Upphandlingsstödet har t.ex. följt upp upphandlande myndigheters användning av e-upphandling. Resultatet presenterades i en rapport i början av 2011.¹⁴⁸ Sammanfattningsvis konstaterades att intresset för e-upphandling är stort och att övergången till ett elektroniskt upphandlingsförfarande går relativt snabbt. En ny undersökning presenterades under hösten 2012 som visar att 61 procent av de upphandlande myndigheterna infört e-upphandling.¹⁴⁹

En vägledning om att införa elektronisk upphandling presenterades 2012.¹⁵⁰ En vägledning om att genomföra och delta i elektroniska auktioner har också tagits fram.¹⁵¹ Upphandlingsstödet har därtill utvecklat en modell över den elektroniska upphandlingsprocessen som är tänkt att kunna användas som ett hjälpmedel vid införandet av elektronisk upphandling.¹⁵² Vidare presenterades en rapport i november 2011 i vilken Upphandlingsstödet redogör för några kommuners och myndigheters erfarenheter och reflektioner kring elektroniskt stöd vid offentlig upphandling.¹⁵³ Upphandlingsstödet medverkar också, som tidigare nämnts, i det nationella standardiseringsarbetet inom ramen för SFTI.

Upphandlingsstödet har därutöver påbörjat arbetet med att undersöka vilka lösningar som finns gällande autentisering och identitetskontroll av anbudsgivare och anbud. Undersökningen inbegriper samtliga EU:s medlemsstater. Arbetet ska utmynna i en vägledning som visar vilka lösningar som finns och dessutom innehålla stöd och vägledning inför en myndighets val av säkerhetslösning. Avsikten är att vägledningen ska publiceras i februari 2013.

¹⁴⁷ Regleringsbrev för budgetåret 2012 avseende Kammarkollegiet, Fi2011/5283 (delvis).

¹⁴⁸ *Uppföljning av upphandlande myndigheters användning av e-upphandling*, Rapport, Kammarkollegiet 2011-01-24.

¹⁴⁹ Uppgifter presenterade vid seminarium under Upphandlingsstödsdagen i regi av Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, den 16 november 2012.

¹⁵⁰ Kammarkollegiet, *Att införa elektronisk upphandling*, Vägledning, 2012:2.

¹⁵¹ Kammarkollegiet, *Elektronisk auktion – Vägledning*, 2010:02.

¹⁵² Kammarkollegiet, *Modell över den elektroniska upphandlingsprocessen – från annonsering till kontrakt*, Rapport.

¹⁵³ Kammarkollegiet, *Erfarenheter av elektroniskt stöd vid offentlig upphandling – några kommuners och myndigheters reflektioner kring e-upphandling*, Rapport 29 november 2011.

3.7.5 Möjligheter och risker med samt hinder mot elektronisk upphandling

Det här avsnittet innehåller en övergripande redogörelse för möjligheter och risker med, samt hinder mot en övergång till elektroniska system. Några goda exempel finns också beskrivna. I detta arbete har utredningen bl.a. tagit del av rapporter, utvärderingar och analyser på temat elektronisk upphandling genomförda av ESV, SKL, Tillväxtverket, f.d. NUTEK, EU-kommissionen, SFTI, Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet m.fl. Några upphandlande myndigheter som kommit långt på området har bistått med viktiga erfarenheter, bl.a. Växjö, Göteborg, Lidingö¹⁵⁴, Skellefteå och Skövde kommuner, Västernorrlands läns landsting samt Inköp Gävleborg. Information har även erhållits från tillhandahållare av e-upphandlingsverktyg.

Vilka är fördelarna med elektroniska system till stöd för upphandling och beställning?

Det bör påpekas att fördelarna med att använda elektroniska system naturligtvis varierar mellan olika typer av upphandlingar, vilken produkt som upphandlas, vilken bransch det är fråga om samt mellan upphandlingarnas storlek och komplexitet. Nedan listas de mest framträdande gemensamma fördelarna.

Minskade kostnader och en mer effektiv process

Den största fördelen med att använda elektroniska system som stöd i själva upphandlingsprocessen ligger i de besparingar i form av tid som kan göras. Tiden som sparas kan med fördel läggas på andra delar av upphandlingen, som till exempel uppföljning och utvärdering. Mest att vinna finns om hela processen sköts elektroniskt. Med hela upphandlingsprocessen avses upprättandet av förfrågningsunderlag, hanteringen av frågor och svar under anbudstiden, anbudsinslämningen, anbudsöppningen, kvalificeringen, utvärderingen, upprättandet av protokoll och tilldelningsbeslut, utskicken av tilldelningsbeslutet samt upprättandet av avtalet. Men det finns också en hel del tid att spara genom att använda elektroniskt stöd

¹⁵⁴ Lidingö kommuns arbete med it-baserade processtöd för e-handel och e-upphandling beskrivs närmare i avsnitt 10.

för delar av processen. Sådana fördelar upplevs finnas med formulär-baserade system, dvs. där dokumenten skapas direkt i systemet.

Används ett e-upphandlingssystem finns t.ex. tid att tjäna på att använda mallar och standardtexter. Ett e-upphandlingssystem kan effektivisera arbetet genom att det blir enklare att hantera flera upphandlingsärenden samtidigt, eftersom verktyget ger god överblick och utgör ett effektivt hjälpmedel vid bevakningen av olika tidsfrister samt beslutstidpunkter. Vidare kan beställare ute i verksamheterna bjudas in att arbeta i systemet på ett enkelt sätt. Öppnandet av anbud kan ta mycket tid i anspråk, särskilt vid stora och komplicerade upphandlingar. Om detta moment kan skötas elektroniskt leder det till betydande tidsbesparing. Andra moment, som upplevs tidskrävande, är kvalificeringen av anbudsgivarna. Här kan e-upphandlingssystemet bistå när det gäller t.ex. kontroll av anbudsgivarnas ekonomiska ställning, att skatter är betalda och att respektive företag är registrerat.

För anbudsgivarna leder möjligheten att lämna anbuden elektroniskt till minskad risk för formella fel men också till att tiden för postgången inte behöver medräknas i anbudstiden. Administrationen blir också enklare hos anbudsgivaren och färre dokument i pappersform är förstås bättre ur miljösynpunkt. När anbudet är inlämnat är det möjligt att snabbt och enkelt få bekräftelse på att det kommit in till den upphandlande myndigheten. I Sverige tillämpas en lösning som innebär att anbudsgivarens underskrift kan vara elektronisk och det finns en funktion inbyggd i signaturerna som borgar för att innehållet inte har kunnat ändras.¹⁵⁵

Erfarenheterna visar att det finns effektiviseringar att göra också beträffande själva beställningsprocessen. Införandet av elektroniska beställningssystem, eller e-handel har som angetts ovan pågått sedan slutet av 1990-talet i ett antal kommuner och landsting och därefter har införandet påbörjats även hos statliga myndigheter.¹⁵⁶ Införandet av beställningssystem förväntas leda till en betydande effektivisering av myndigheternas inköpsprocesser, vilken i sin tur antas leda till billigare inköp och lägre transaktionskostnader. När beställningarna görs elektroniskt visar erfarenheterna att troheten mot myndigheternas ramavtal ökar. Antagandet om en betydande besparingspotential bygger på att villkoren i ramavtalen i allmänhet är väsentligt bättre än alternativet att köpa vid sidan av dem. Vidare

¹⁵⁵ Antingen ligger säkerhetslösningen direkt i verktyget eller separat genom t.ex. Chambersigns lösning.

¹⁵⁶ E-beställningar ska införas i staten under 2013 för de största myndigheterna.

krävs ett omfattande arbete för att genomföra e-handelssystem i stora organisationer med en decentraliserad beställarkultur. En ökad avtalstrohet kommer i sin tur att möjliggöra mera förutsägbara inköpsvolymerna för leverantörerna, som därigenom kommer att ha lättare att kalkylera sina priser och erbjuda villkor utan att ta hänsyn till osäkerheter som följer av otydliga inköpsvolymerna. Det blir en positiv spiral. Transaktionskostnaderna för inköpen förväntas minska som en följd av att hanteringen av beställningar och fakturor blir enklare och mera rationell.

Sigtuna kommun

Sigtuna kommun har en inköpsvolym om ungefär 800 miljoner kronor per år. Kommunen genomför varje år mellan 100 och 140 upphandlingar. Man använder ett webbaserat upphandlingssystem som stöder en helt elektronisk process. Vidare har kommunen infört ett elektroniskt beställningssystem. Under 2012 infördes också en helintegrerad avtalsdatabas. Kommunen satsade mycket stort på intern utbildning vid införandet av systemen. Man genomförde också särskild utbildning riktad mot kommunens konsulter. Även det lokala näringslivet erbjöds, och deltog i olika utbildningssatsningar.

Enligt kommunens upphandlingsstrateg har införandet av de nämnda elektroniska verktygen lett till besparingar i form av tidsvinster, att upphandlingarna genomförs på ett mer rättsäkert sätt och underlättat för mindre företag att delta. Dessutom har det blivit enklare att genomföra effektiva direktupphandlingar. Man anser att e-upphandling har positiva effekter på alla typer av upphandlingar. Kommunens upphandlingsstrateg framhåller att man inte behövt extern kompetens till hjälp vid övergången från manuell till elektronisk hantering. En erfarenhet som kommunen särskilt vill lyfta fram är behovet att noga utvärdera systemets användarvänlighet vid upphandlingen av dem.

Möjlighet till kontroll och överblick – ökad transparens

När alla upphandlingar finns i ett och samma elektroniska system kan myndigheten enkelt få en överblick över sin upphandlingsverksamhet. Statistik kan erhållas ur systemet som kan hjälpa den upphandlande myndigheten eller enheten att identifiera områden med tydlig effektiviseringspotential. Med införandet av e-handelsystem ökar vidare möjligheterna till förbättrad intern styrning och kontroll. När beställningar och avrop automatiskt kopplas till de upphandlande avtalen ökar, som tidigare nämnts, förutsättningarna för att köp och avrop verkligen sker från de avtal som är upphandlade. Det innebär också att myndigheten i fråga kan kontrollera att beloppsgränserna för direktupphandling inte överskrids. Här finns således möjligheter till stora besparingar. E-upphandlingsystemet kan också vara ett bra stöd i arbetet med att, inför kommande upphandling, följa upp och utvärdera de upphandlingar som genomförts och de kontrakt som slutits.

Sammantaget ger de it-baserade verktygen upphandlande myndigheter och enheter kraftigt ökade förutsättningar att i detalj analysera sin inköpsverksamhet. Därmed ökar också möjligheterna att använda köpkraften till att ta miljöhänsyn, sociala hänsyn och verka för ökat deltagande av små och medelstora företag.

Malmö kommun

Malmö kommun var tidiga med att införa e-handel. Ett projekt påbörjades redan 1997 vilket resulterade i att man 2002 kunde beställa varor och tjänster elektroniskt i kommunen. I stort sett alla beställningar sker numera på detta sätt. Det innebär att kommunen med hjälp av inköpsstatistiken kan följa upp sina politiska mål. Det går till exempel att få fram statistik som visar hur många miljömärkta produkter som köpts. Inom livsmedelsområdet är detta särskilt viktigt inom kommunen eftersom det är högt prioriterat. Systemen gör det vidare möjligt att se hur olika enheter eller verksamheter inom kommunen uppfyller målen på miljöområdet.

Ökad kvalitet och transparens

Det är mer effektivt, men också mer transparent och förutsebart, när alla upphandlare i en organisation genom e-upphandlingssystemet följer samma process. Den interna beslutsprocessen blir tydligare och det blir också enklare för användarna av systemet, t.ex. underlättas samarbete och det blir lättare att sköta flera upphandlingar samtidigt. Underlagen får en tydlig struktur när de skapas i ett e-upphandlingssystem. Utvärderingsmodeller kan vidare testas och anbud simuleras. På så sätt höjs kvaliteten på upphandlingsunderlagen.

Eftersom det är möjligt att lägga in kontroller i systemet kan man, som påpekats tidigare, undvika att det kommer in anbud med formella brister. Det är till gagn för både upphandlare och anbudsgivare, särskilt för de mindre företagen.

Beräkningar i kronor/euro

Det finns få studier som innehåller detaljerade beräkningar av hur stora besparingar upphandlande myndigheter och enheter kan göra genom att använda elektroniska system. Eftersom den tid som frigjorts i många fall används till att göra fler upphandlingar och höja kvaliteten på de upphandlingar som genomförs – samt att förbättra arbetet med uppföljning och utvärdering – är det vanskligt att göra dylika beräkningar. Siffror som brukar nämnas i sammanhanget är besparingar på mellan fem och 20 procent.¹⁵⁷

Flera intressenter är av uppfattningen att tidsvinsten är allra störst hos anbudsgivarna. Så till exempel har NUTEK¹⁵⁸ i en undersökning försökt komma fram till vilka tidsvinster e-upphandling kan leda till för företagen. Man fann att tidsvinsten för anbudsgivarna kan uppgå till i storleksordningen 25 procent.¹⁵⁹

ESV har gjort en analys som visar att införande av e-handel leder till miljardbesparingar för staten de närmaste åren.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Se t.ex. EU-kommissionen, *A strategy for e-procurement*, COM (2012) 179 final.

¹⁵⁸ Verksamheten i NUTEK, dvs. Verket för Näringslivsutveckling, övergick den 1 april 2009 till Tillväxtverket.

¹⁵⁹ NUTEK, *Offentliga upphandlingar och elektroniska upphandlingssystem*, rapport R 2009:9.

¹⁶⁰ ESV, *Revidering och nedbrytning av förkalkyl för samordnat införande av elektroniska beställningar i statsförvaltningen*, PM 2012-04-24, ESV:s dnr 10-743/2009.

*Lidingö kommun*¹⁶¹

Lidingö kommun använder ett webbaserat upphandlingssystem. De har också ett elektroniskt beställningssystem. De två systemen har kopplats ihop genom en speciallösning. Kommunen menar att man på detta sätt har erhållit bättre kontroll på sin inköpsverksamhet, en ökad effektivitet i form av lägre inköspriser och lägre personalkostnader. Kommunen räknar med att de kommer att spara omkring 7 miljoner kronor per år, varav hälften genom lägre priser och hälften genom att personalkostnaderna sjunkit, när systemen utnyttjas fullt ut.

Vilka risker och hinder finns det med ett ökat användande av elektroniska system

Utredningen har identifierat få risker med ökad användning av elektroniska system. De flesta bedömare är överens om att det snarare är förenat med större risker att stå utanför utvecklingen på området.

Om ett elektroniskt upphandlingssystem ska leda till effektiviseringar och andra fördelar i en organisation måste dock andra angränsande frågor lösas. Till sådana frågor hör en genomgång av befintlig organisation och de rutiner som används. Om ett sådant grundläggande arbete inte utförs inför en övergång till e-system riskerar de förväntade effektiviseringarna att utebli.

Flera intressenter anför att ett fundamentalt problem i sammanhanget är att upphandlingsverksamheten ofta är alltför lågt prioriterad i många myndigheter.¹⁶² Detta leder till tids- och resursbrist för upphandlarna som då använder gamla mallar, kriterier eller metoder som är långt ifrån ändamålsenliga. Det kan också finnas en rädsla för att pröva nya metoder. Allt detta leder inte sällan till otydliga och ostrukturerade förfrågningsunderlag.

Alla upphandlingar och upphandlingssystem kräver eftertanke, planering och fackkunskaper på upphandlarsidan för att upphandlingsprocessen och utvärderingen ska fungera smidigt. Införandet av ett e-upphandlingssystem kan visserligen förbättra förutsättningarna för verksamheten. Men det kan inte med någon automatik

¹⁶¹ Se också kapitel 10 där en mer utförlig beskrivning av kommunens arbete finns.

¹⁶² Se bl.a. remissammanställningen bilaga 5 till detta betänkande, även bilaga 6 kan vara av intresse.

läka alla brister i en organisation och allmänna förutsättningar för en myndighets upphandlingar.

Flera initierade bedömare påtalar att det är viktigt att fokusera på de elektroniska systemens funktionalitet. Myndigheterna använder sig av olika elektroniska verktyg som kan ta tid för företagen att lära och hålla sig uppdaterade med. Vissa system kan upplevas som krångliga och ologiska. Användarvänlighet är en central fråga när det elektroniska verktyget ska upphandlas. Andra aspekter som är viktiga är att upphandlingssystemet inte ska försvåra användningen av funktionsupphandling eller upphandling av nya, innovativa lösningar.

Vad som kan utgöra ett problem är tillgången till säkra lösningar för identifiering och autentisering av juridiska personer. Det saknas framtagna standarder på detta område liksom för e-upphandling i stort. Det här gäller inte bara inom en medlemsstat utan också, och framför allt, mellan olika medlemsstater och utgör därför potentiella hinder för den gränsöverskridande handeln. Antagandet av standarder skulle leda till betydande effektivitetsvinster. Som nämnts ovan pågår det ett omfattande arbete kring standardisering av upphandlingsprocesserna och annonserna.¹⁶³

När det gäller ansvaret för eventuella fel och brister i ett e-handels- eller e-upphandlingsverktyg är det likt andra affärsrelationer avtalet mellan parterna som reglerar detta. Det är vidare anbudsgivaren respektive anbudssökanden som ansvarar för att anbudet eller anbudsansökan inkommer i rätt tid. Kan anbud och anbudsansökan lämnas elektroniskt är det som tidigare nämnts, möjligt att få bekräftelse på att anbudet eller anbudsansökan kommit in vilket således snarare underlättar än försvårar för anbudsgivare respektive anbudssökanden.

3.7.6 Utredningens sammanfattande slutsatser

Utredningens bedömning:

Det statliga upphandlingsstödet ska fortsatt arbeta med stöd och vägledning för att visa på värdet av att använda elektroniska system vid offentliga upphandlingar.

¹⁶³ T.ex. inom europeiska CEN m.fl. se ovan.

Redogörelsen och de goda exemplen ovan visar att det finns stora vinster att hämta genom att använda it-baserade verktyg i inköpsverksamheten.

Sammanfattningsvis kan det också sägas att införandet av elektroniska lösningar leder till att en upphandlande myndighet eller enhet måste ha ett mer strategiskt förhållningssätt till sin inköpsverksamhet. Utvecklingen av ett mer strategiskt synsätt på upphandling blir således en effekt av införandet av systemet. I andra myndigheter kan det vara tvärsom, dvs. införandet av elektroniska lösningar är en del av en övergripande inköpsstrategi. I båda fallen leder införandet till samma resultat; nämligen en ökad möjlighet att använda inköpsverksamheten som ett strategiskt verktyg i myndighetens, eller enhetens verksamhet.

Bristen på standarder är ett problem. Flera initiativ har dock tagits, och arbete pågår både på EU-nivå och i Sverige. Det är utredningens fasta övertygelse att det arbetet kommer att gagna utvecklingen på området.

Enligt utredningens erfarenheter, som också bekräftas av bl.a. Upphandlingsstödet, ESV, och SKL används elektroniska lösningar mer och mer av upphandlande myndigheter och enheter. Trenden går således åt rätt håll.

Regeringen har höga mål. Sverige ska vara bäst världen på att använda den digitala tekniken. Ska det målet nås också när det gäller de offentliga inköpen krävs åtgärder. Införandet av e-handel i staten är ett steg mot en mer effektiv förvaltning, ökad användning av it-baserade hjälpmedel till stöd för upphandling är nästa steg. Upphandlingsutredningen vill starkt förorda att statliga myndigheter såväl som kommuner och landsting som står i begrepp att digitalisera sin inköpsverksamhet, arbetar för en helhetslösning som inkluderar samtliga faser, dvs. upphandling, beställningar och ekonomisystem. Det finns fortsatt behov av stöd och vägledning till upphandlande myndigheter och enheter som står i begrepp att börja använda e-upphandlingssystem och e-handelssystem. Belysandet av goda exempel är en del av ett sådant arbete. Det samordnade upphandlingsstödet ska enligt utredningens bedömning stå för vägledning och stöd. Arbetet bör, liksom i dag utföras i samarbete med andra myndigheter och organisationer som arbetar med elektronisk upphandling och handel, t.ex. med SKL och ESV.

4 Prioriterade lagstiftningsåtgärder

4.1 Inledning

Under Upphandlingsutredningens utåtriktade arbete har ett antal önskemål om förenkling av upphandlingsregelverket utkristalliserats. Dessa har beskrivits i delbetänkandet och förändringarna syftar till att bidra till att den goda affären kan förverkligas i offentlig sektor. Några av frågeställningarna har krävt förändringar av upphandlingsdirektiven. I dessa fall har Upphandlingsutredningen presenterat underlag inför regeringens förhandlingsarbete.

Upphandlingsutredningen ska, med undantag för statistikuppdraget, inte lämna författningsförslag. I stället har en särskild utredning – Genomförandeutredningen – tillsatts som ska genomföra och lämna författningsförslag på delar av de nya upphandlingsdirektiven samt 15 kap. LOU och LUF.¹ Ansvarigt departement hanterar resterande bestämmelser som kommer att presenteras i en departementspromemoria. Upphandlingsutredningen lämnar i detta kapitel underlag till Genomförandeutredningens och departementets lagstiftningsarbete. Kapitlet innehåller förslag på lagstiftningsåtgärder som utredningen med beaktande av erfarenheterna från det utåtriktade arbetet och egna analyser anser bör prioriteras. Förslagen avser ökade möjligheter till förhandling och dialog i LOU, ändrade beloppsgränser för direktupphandling i LOU och LUF, krav på annonseringen av upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU och LUF samt förtydligande av bestämmelserna om ramavtal i LOU som syftar till att öka möjligheterna att beakta enskilda personers särskilda behov och val.

För tydlighetens skull bör nämnas att även andra kapitel i betänkandet innehåller underlag till författningsförslag.

¹ Utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09).

4.2 Dialog och förhandling mellan upphandlande myndigheter/enheter och företag

4.2.1 Inledning

Upphandlande myndigheter och enheter upphandlar vitt skilda produkter och tjänster för många olika ändamål, allt från stapelvaror till omfattande byggentreprenader och IT-konsulttjänster. Det krävs att de som är ansvariga för upphandlingarna har kunskaper om en mångfald av olika marknader och produkter för att kunna beskriva och utforma kraven så att myndigheternas behov tillgodoses på bästa sätt. Bristande kännedom om vad marknaden erbjuder kan leda till att kraven i upphandlingen inte avspeglar marknadens aktuella teknik- eller servicenivå. Om den efterfrågade varan eller tjänsten inte beskrivs på ett begripligt sätt eller om underlagen innehåller irrelevanta krav kan resultatet bli att få eller inga anbud lämnas eller att inkomna anbud dåligt avspeglar myndighetens behov. Under utredningsarbetet har det ofta framförts – både från upphandlande myndigheter och enheter samt från leverantörer – att dialog och ökade möjligheter till förhandling kan vara en väg att gå för att komma till rätta med dessa problem.

En fråga som ofta ställs är varför förhandling är tillåten som huvudregel inom försörjningssektorerna – till skillnad mot vad som gäller för den klassiska sektorn – vid upphandlingar över EU:s tröskelvärden. Vid upphandling inom den klassiska sektorn uppfattas det därför som svårt att ens få informera om de alternativ som finns. Företagen upplever många gånger att de inte ges en möjlighet att offerera produkter som skulle kunna utgöra en optimal lösning på den upphandlande myndighetens behov.

Det är inte ovanligt att en upphandling blir överprövad på grund av att en anbudsgivare anser att de krav som ställs är irrelevanta eller helt enkelt svåra att förstå. Ett annat problem kan bestå i att en anbudsgivare inte har klart för sig varför dennes anbud inte blev antaget och därför väljer att ansöka om överprövning. Inte sällan innehåller underlagen brister som resulterar i att upphandlingen måste göras om, vilket också medför betydande effektivitetsförluster. Ovanstående förhållanden är frustrerande både för de upphandlande myndigheterna och enheterna och för företagen.

I det här avsnittet redogörs inledningsvis i korthet för innehållet i delbetänkandet och inkomna remissvar. Därefter beskrivs gällande rätt om dialog och förhandling, förslagen till nya upphandlings-

direktiv och utredningens ställningstaganden. Avsnittet innehåller vidare en diskussion om både möjligheter och risker med att öka utrymmet för dialog och förhandling.

4.2.2 Delbetänkandet och remissinstanserna

Frågan om ökade möjligheter för dialog och förhandling har varit en av de mest diskuterade frågorna i samband med utredningens arbete. Önskemål har framförts både om bättre vägledning och om större utrymme för dialog och förhandling vid upphandling enligt det klassiska direktivet.

I delbetänkandet framhölls att utökade förhandlingsmöjligheter hänger nära samman med möjligheterna att föra dialog. Den svenska regeringen tog i sitt remissvar på kommissionens grönbok tydligt ställning för att förhandlat förfarande med föregående annonsering bör vara ett huvudförfarande även i det klassiska direktivet.²

Upphandlingsutredningen framhöll att ett förstärkt upphandlingsstöd – i kombination med större tydlighet om utrymmet för dialog på EU-planet – framstod som den mest naturliga vägen att gå fram. Den breddade vägledningen borde förutom att beakta juridiska utgångspunkter, även ta hänsyn till relevant ekonomisk forskning – allt i syfte att öka förutsättningarna för den goda affären.

De flesta remissinstanser är positiva till ökade möjligheter till förhandling och dialog. Ett flertal remissinstanser framhåller att dialog mellan parterna underlättar för myndigheterna att genomföra goda affärer. Åtskilliga instämmer i att dialog kan bidra till att förfrågningsunderlagen blir bättre utformade, bl.a. genom att de upphandlande myndigheterna och enheterna får bättre kunskaper om marknaden och dess förutsättningar. Vidare påtalar ett flertal instanser i sina remissvar att dialog och förhandling är innovationsfrämjande.

Det förtjänar dock att påpekas att flera remissinstanser uttryckte skepsis. Exempelvis framförde Svenskt Näringsliv viss tveksamhet till om en ökad användning av förhandling kommer att leda till

² Svar på Europeiska kommissionens grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM (2011) 15 slutlig, dnr S 2011/1259/RU.

några omedelbara fördelar. Företagarna påtalade att förhandlingar ökar risken för ett mer subjektivt beslutsfattande.

4.2.3 Vad har hänt sedan delbetänkandet överlämnades?

Sedan delbetänkandet presenterades har Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet publicerat en vägledning om dialog och förhandling.³ Vägledningen innehåller allt ifrån tips och idéer om hur dialog kan genomföras, vilka bestämmelser som reglerar förhandling och dialog, till redogörelser för praxis på området. Hänvisning till eller redogörelser av ekonomisk litteratur, ekonomisk forskning samt praktiska erfarenheter av hur dialog kan leda till bättre affärer – alltså stöd av mer affärsmässig art – saknas dock i den första versionen. Avsikten är dock att vägledningen ska uppdateras i takt med utvecklingen av domstolspraxis och erhållna praktiska erfarenheter på området. Det kan också nämnas att Kammarkollegiet har tagit fram en särskild vägledning om konkurrenspräglad dialog.⁴

4.2.4 Vilka möjligheter finns det att föra dialog enligt gällande regelverk?

Vad är dialog?

Ordet dialog kommer från grekiskan och betyder ”genom samtal”. I delbetänkandet angavs följande definition av dialog. ”Med dialog avses i detta sammanhang samtal mellan upphandlande myndigheter och presumtiva eller befintliga leverantörer, utan att de inblandade specifikt förhandlar om pris eller villkor i ett framtida eller existerande kontrakt.” Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet definierar begreppet dialog som *alla övriga kontakter*, dvs. som inte har karaktären av förhandling.⁵ Utredningen anser att de båda definitionerna står i samklang med varandra.

Utredningens utgångspunkt är att dialogen till övervägande delen är ett muntligt förfarande. Det utesluter emellertid inte att skriftliga delar kan ingå. Under alla omständigheter får principen

³ Vägledning: Dialog och förhandling – Inom LOU och LUF, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:1.

⁴ *Konkurrenspräglad dialog – Vägledning*, Kammarkollegiet, 2010:1.

⁵ *Konkurrenspräglad dialog – Vägledning*, Kammarkollegiet, 2010:1, s. 4.

om transparens och öppenhet anses innebära att den upphandlande myndigheten ska dokumentera resultatet av dialogen.

Gällande bestämmelser

Det saknas bestämmelser om dialog i LOU och LUF. Inte heller nu gällande upphandlingsdirektiv innehåller några särskilda bestämmelser om när, hur och på vilket sätt dialog mellan parterna får genomföras. I upphandlingsdirektivens beaktandesatser anges visserligen att så kallad teknisk dialog får genomföras innan ett upphandlingsförfarande inleds.⁶ Den tekniska dialogen är tänkt att användas när myndigheter utarbetar de tekniska specifikationerna. Den tekniska dialogen härrör ur GPA-avtalet⁷ men den har inte specifikt införts i direktivens artiklar, i LOU eller i LUF.

Det finns vissa regler om kommunikation mellan parterna i upphandlingslagstiftningen. Vad som regleras är hur rättelse av fel, förtydligande och kompletteringar i anbudet får göras samt hur underrättelse av beslut ska gå till.⁸

När en upphandling har annonserats är förfrågningsunderlaget endast möjligt att förändra i ringa omfattning. Det följer av lika-behandlingsprincipen eftersom också potentiella anbudsgivare, dvs. sådana som hade valt att lämna anbud om underlagen varit utformade på ett annat sätt, omfattas av principen om likabehandling.

Sekretessreglerna rör endast anbudet och begränsar således inte möjligheterna att föra dialog innan en upphandling påbörjas. Reglerna säger nämligen att den upphandlande myndigheten inte får lämna ut uppgifter ur inkomna anbud till någon annan än den som lämnat anbudet innan tilldelningsbeslut fattats.⁹ Det kan även finnas skäl att sekretessbelägga vissa handlingar, eller vissa uppgifter, även efter tilldelningsbeslutet.¹⁰

⁶ Beaktandesats 8 till 2004/18/EG samt beaktandesats 15 till 2004/17/EG.

⁷ Artikel VI.4 Government Procurement Agreement vari det anges att upphandlande enheter inte ska söka eller ta emot råd från ett företag, som har ett kommersiellt intresse av upphandlingen, vid framtagande av tekniska specifikationer om råden kan leda till hinder för konkurrensen.

⁸ 9 kap. 8–10 §§ LOU vilka till viss del bygger på artiklarna 51, 41.1 och 41.2 i det klassiska upphandlingsdirektivet samt 9 kap. 8–10 §§ LUF. Försörjningsdirektivet saknar bestämmelser om rättelse och förtydliganden, övriga bestämmelser i LUF bygger på artiklarna 49.1 och 49.2 första och andra styckena.

⁹ 19 kap. 3 § andra stycket OSL.

¹⁰ 31 kap. 16 § OSL vari enskilda affärs- eller driftförhållanden skyddas av sekretess om det finns särskild anledning att anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

I avsaknad av specifika bestämmelser på området är det de grundläggande principerna om likabehandling, öppenhet, proportionalitet, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande, som utgör ramarna för när och hur dialog får genomföras mellan upphandlande myndigheter och presumtiva eller kontrakterade leverantörer.¹¹ Sammantaget gäller sålunda att det är tillåtet att föra dialog, om än med de begränsningar som sätts av sekretessreglerna och att kravet på transparens beaktas.

4.2.5 Det klassiska direktivförslaget om möjligheter till samråd och dialog m.m.

Det klassiska direktivförslaget liksom förslaget till reviderat försörjningsdirektiv innehåller bestämmelser om möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att via samråd med olika aktörer skaffa sig mer ingående kunskap om marknaden. I den svenska översättningen är detta samråd benämnt *preliminära marknadsundersökningar*, i den engelska versionen; *preliminary market consultations*.¹² Den svenska översättningen har enligt utredningen fått en begränsande utformning, användningen av begreppen preliminär marknadsundersökning leder tanken till hur marknadsundersökningar traditionellt genomförs.¹³ När bestämmelsen läses i sin helhet, och i ljuset av den engelska versionen, förstås att det inte är marknadsundersökning som begrepp man är ute efter. Den engelska termen *consultation* ska enligt nationalencyklopedin översättas till samråd, rådslag eller konsultation, således en vidare form av konsultation än vad en marknadsundersökning innebär. I den fortsatta redogörelsen används därför begreppet samråd när de nya bestämmelserna åsyftas.

Direktivförslagen innehåller också en del preciseringar relevanta för möjligheterna att föra dialog. Det är fråga om utrymmet för att begära kompletteringar och förtydliganden av anbud¹⁴ samt möjlig-

¹¹ Naturligtvis kan möjligheterna också begränsas av en rad andra regler som bestämmelser om jäv och andra sekretessregler än ovan nämnda.

¹² Artikel 39 i det klassiska direktivförslaget samt artikel 53 i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv. Det bör påpekas att bestämmelsernas exakta utformning var föremål för diskussion när betänkandet gick i tryck.

¹³ Enligt Nationalencyklopedin ska marknadsundersökning översättas till field test, field trial, marketing research eller market survey.

¹⁴ Artikel 54.4 respektive 70.3a.

heterna att förlänga anbudstiden om den upphandlande myndigheten begärt tilläggsinformation¹⁵ som har utvecklats.

Vad innebär direktivförslagets nya bestämmelser om samråd?

I förslagen till nya upphandlingsdirektiv anges att upphandlande myndigheter och enheter kan, via samråd med olika aktörer på marknaden öka sin kunskap, genomföra marknadsundersökningar i syfte att bedöma marknadens struktur, utvecklingsmöjligheter och kapacitet samt informera de ekonomiska aktörerna om den upphandlande myndighetens behov och planerade inköp. Förslagen preciserar vidare att myndigheterna för detta ändamål – till exempel – får söka eller godta råd från oberoende experter eller myndigheter, eller från marknadens aktörer som kan användas i planeringen och genomförandet av upphandlingsförfarandet, dock under förutsättning att råden inte snedvrider konkurrensen och inte bryter mot principerna om icke-diskriminering och öppenhet.¹⁶

Direktivförslagen behandlar också i vilken utsträckning de aktörer som deltagit i samrådet, kan tillåtas delta i ett efterföljande upphandlingsförfarande. Till exempel får medverkandet inte innebära att någon aktör blir gynnad på någon annans bekostnad. I många fall anges att det kan räcka att göra relevant information tillgänglig för alla deltagare. I vissa fall kan det visa sig vara omöjligt att garantera likabehandling och då måste den upphandlande myndigheten utesluta en ekonomisk aktör, som deltagit i ett samråd, från att delta i upphandlingen. Någon automatisk uteslutning kan det däremot inte bli fråga om. I en särskild bestämmelse föreskrivs, i linje med nu gällande direktiv och praxis, att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge aktören i fråga möjligheter att visa att någon särbehandling, som kan påverka konkurrensen, inte har förekommit.¹⁷

Det föreslagna obligatoriska kravet att använda elektroniska medel är i princip begränsat till anbudsgivningen.¹⁸ Det anges att

¹⁵ Artikel 45.3 respektive 60.3.

¹⁶ Jämför skäl 8 till direktiv 2004/18/EG vilken har följande lydelse: *Innan ett upphandlingsförfarande inleds får den upphandlande myndigheten genom en ”teknisk dialog” söka eller godta råd som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till binder för konkurrensen”.*

¹⁷ Artikel 39a i det klassiska direktivförslaget respektive 53a i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv. Se bl.a. de förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot État belge*, punkt 33.

¹⁸ Artikel 19 respektive 33. Se vidare avsnitt 3.7 om elektronisk upphandling.

muntlig kommunikation kan användas vid annan kommunikation än den som avser inlämnade av anbud och ansökningar. I artikeln anges att en förutsättning för att muntlig kommunikation ska anses vara tillåten är att innehållet dokumenteras i lämplig utsträckning. Det framhålls att muntlig kommunikation, som kan påverka innehållet i och bedömningen av anbuden, ska dokumenteras i tillräcklig utsträckning och på lämpligt sätt. Dokumentationen av vad som skett kan göras genom t.ex. skriftliga protokoll, inspelade redogörelser eller genom promemorior som sammanfattar innehållet i kommunikationen.

I direktivförslaget anges särskilt att tidsfristerna för mottagandet av anbud bör anpassas när en upphandling föregåtts av ett samråd. Anbudsgivare, som inte varit med under förarbetet, måste få tid att sätta sig in i de uppgifter som samrådet resulterade i.

En form av samråd kan vara s.k. *extern remiss av ett preliminärt förfrågningsunderlag*.¹⁹ Den går ut på att en upphandlande myndighet publicerar ett preliminärt förfrågningsunderlag, innan en upphandling annonseras. Syftet är att få till stånd ett bättre och mer konkurrensneutralt underlag. Under publiceringstiden har presumtiva anbudsgivare möjlighet att lämna synpunkter på underlaget men det är den upphandlande myndigheten som avgör om underlaget ska ändras till följd av synpunkterna. Den upphandlande myndigheten bör sedan redovisa de inkomna synpunkterna på ett öppet sätt, såvida de inte röjer företagshemligheter, så att alla presumtiva anbudsgivare kan ta del av vad som skett. Erfarenheterna av detta förfarande är positiva.

Kompletteringar och förtydliganden m.m.

I förslagen till nya upphandlingsdirektiv finns bestämmelser som anger att den upphandlande myndigheten får *begära* att en ekonomisk aktör, dvs. anbudsgivaren eller anbudssökanden, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation om tidigare inlämnad information eller dokumentation framstår som ofullständig eller felaktig. Denna begäran ska enligt förslagen tillgodoses inom en lämplig tidsfrist. En förutsättning är att uppmaningen om komplettering eller förtydligande görs i full

¹⁹ Leverantörssynpunkter: Använd extern remiss – analys, Ted Ekman, Upphandlingsexpert Almega, publicerat på JP-infonet 2012-08-06.

överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet.²⁰ Bestämmelserna bygger på praxis från EU-domstolen.²¹

I LOU och LUF finns sedan en tid tillbaka bestämmelser som innebär att en upphandlande myndighet, respektive enhet, får tillåta att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar fel skrivning eller felräkning – eller något annat uppenbart fel – i anbudsansökan eller anbudet. Vidare får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.²² De svenska bestämmelserna har således en annan utformning än bestämmelserna i de nya direktiven. Enligt utredningens bedömning innebär dock inte direktivförslagen någon ändring i sak. Gällande bestämmelser i LOU och LUF ger inga rättigheter till anbudsgivarna utan endast en möjlighet att påtala felaktigheter. Även om de nya direktiven anger att initiativet till rättelsen ska komma från myndigheten kan anbudsgivaren också fortsättningsvis uppmärksamma myndigheten på felaktigheter i sitt anbud. Enligt gällande rätt och de nya direktiven är det i slutänden den upphandlande myndigheten eller enheten som avgör om en rättelse i form av ett förtydligande eller komplettering ska tillåtas.

Vidare anges att om kompletterande information av något skäl inte lämnas inom den fastställda tidsfristen, eller om ändringar görs i upphandlingsdokumenten, ska tidsfristen för mottagande av anbuderna förlängas så att alla presumtiva anbudsgivare får del av den aktuella informationen de behöver för att de ska kunna formulera ett anbud. Förlängningen av tidsfristen ska stå i proportion till hur viktig informationen eller ändringen är.²³

²⁰ Artikel 54.4 i det klassiska direktivförslaget respektive artikel 70.3a i direktivförslaget för försörjningssektorerna. Bestämmelsernas utformning och innehåll var inte klart när betänkandet gick i tryck.

²¹ Bestämmelsen grundar sig på Generaladvokaten Lenz uttalande i mål C-87/94 Kommissionen mot Belgien. Motsvarande bestämmelser saknas i nu gällande upphandlingsdirektiv. Enligt artikel 51 i 2004/18/EG kan visserligen den upphandlande myndigheten anmoda ekonomiska aktörer att komplettera vissa handlingar.

²² 9 kap. 8 § LOU respektive LUF.

²³ Artikel 45.3 i det klassiska direktivförslaget och artikel 60.3 i förslaget till försörjningsdirektiv.

4.2.6 Upphandlingsutredningens bedömning

Upphandlingsutredningens bedömning:

Ökad användning av dialog i offentliga upphandlingar stärker förutsättningarna för att åstadkomma goda affärer. Ett samordnat och breddat upphandlingsstöd behövs för att stödja upphandlande myndigheter och enheters användning av dialog.

Att föra dialog har många fördelar

Utredningen välkomnar att betydelsen av dialog, innan en upphandling påbörjas, bekräftas i de föreslagna upphandlingsdirektiven. Ett införande av bestämmelser om samråd innebär att upphandlingsdirektivens tillämpningsområde vidgas till att omfatta en fas av upphandlingen som tidigare varit oreglerad. Syftet med de föreslagna bestämmelserna om samråd är att uppmärksamma upphandlande myndigheter, och för den delen även leverantörer, på möjligheterna och fördelarna med att kommunicera tidigt i processen. Samtidigt anges det i anslutande bestämmelser vikten av att konkurrensen måste upprätthållas och att dialogen inte får bryta mot de grundläggande principerna.

Från vissa upphandlande myndigheter har det framförts att en ökad dialog skulle ta värdefull tid i anspråk. Många upphandlande myndigheter har vittnat om att de saknar resurser för att kunna genomföra dialog eller att åtgärden inte är prioriterad. Upphandlingsutredningen har förståelse för synpunkterna men menar dock att det till stor del handlar om en omfördelning av befintliga resurser. Utredningen vill framhålla att skälen är utomordentligt starka att satsa tid och resurser i inledningen av en upphandling. Ett grundligt arbete i inledningsfasen av en upphandling, t.ex. genom ett samråd, bedöms ha stor potential att reducera kostnaden för upphandlingen och genomförandet av kontraktet.²⁴

En förbättrad dialog kan öka förståelsen för den upphandlande myndighetens eller enhetens specifika behov – och därmed för underlagets utformning – men även ge ökad kunskap och förståelse hos myndigheterna för vilka lösningar som marknaden kan erbjuda. Det finns också anledning att anta att en utökad dialog också leder till bättre förutsättningar för att leveranserna sker i

²⁴ Udbudsrådet Danmark, *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, december 2011, se t.ex. sidorna 36 och 45.

enlighet med kontraktet. Dialogen spar därmed tid som annars riskerar att behöva läggas på reklamationer, omförhandling av kontrakt och tilläggsköp.²⁵

Ökad kännedom om marknaden och dess funktion torde också underlätta för framtida val, inte minst av miljömässigt hållbara varor och tjänster.²⁶ Mycket talar också för att ökad dialog förbättrar förutsättningarna för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta miljöhänsyn och sociala hänsyn. Företagen upplever nämligen att det emellanåt är svårt att förstå vad som avses med vissa miljökrav eller sociala krav.²⁷ Om den upphandlande myndigheten eller enheten inför upphandlingen informerar om kravens syfte och innehåll, samt ger företagen möjligheter att komma med synpunkter, kan förståelsen för kraven och kriterierna öka. Av samma skäl är ökad användning av dialog även innovationsfrämjande.

Det finns även anledning att anta att ökad dialog inför en upphandling främjar små och medelstora företags deltagande. Utredningen har under arbetet funnit ett antal exempel på ett ökat deltagande från små företag när dialog genomförts. Sveriges Television lyckades exempelvis kontraktera ett relativt stort antal mikroföretag²⁸ efter att en upphandling av grafiska tjänster inletts med en marknadsundersökning och kontakter med den aktuella branschorganisationen.²⁹ Ett annat exempel är Statens Inköpscentral, som i en öppen process, hade kontakter på olika plan med branschorganisationer, presumtiva och kontrakterade leverantörer både före, under och även efter en upphandling av företagshälsovård för statliga myndigheter. Resultatet blev att en mängd företag av olika storlek kunde kontrakteras.

En annan fördel med ökad dialog är också att misstag kan undvikas, vilka annars kan leda till omfattande ändringsprocesser, avbrutna upphandlingar eller att en upphandling blir överprövad.

Inga bestämmelser i gällande upphandlingsregelverk hindrar upphandlande myndigheter och enheter från att genomföra samråd

²⁵ Omförhandlingar eller tilläggsköp som i de flesta fall riskerar att innebära brott mot lagstiftningen eftersom de kan utgöra otillåtna direktupphandlingar.

²⁶ Bl.a. har företaget som deltagit i Tillväxtverkets program *Miljödrivna marknader* uttryckt detta.

²⁷ Tillväxtverket, *Hur kan upphandlande myndigheter/enheter öka företagens deltagande i offentliga upphandlingar?* dnr. 2010:06/2011:7, publicerad som *Offentlig upphandling – hur kan företagens deltagande öka?* Tillväxtverket, rapport 0115.

²⁸ Företag med upp till nio anställda.

²⁹ Se bilaga 22 till detta betänkande. Bilagan innehåller redogörelser för fyra olika upphandlingar vari små och medelstora företags deltagande särskilt beaktats.

eller föra dialog så länge de grundläggande principerna upprätthålls. Som framgår av redogörelsen ovan är bestämmelserna i förslagen till nya upphandlingsdirektiv närmast att se som en bekräftelse på hur viktigt det är att föra dialog innan ett upphandlingsförfarande påbörjas. Upphandlingsutredningen ser direktivförslagets bestämmelser som ett sätt att uppmärksamma ledningarna i upphandlande myndigheter och enheter på att det är både tillåtet och tillrådligt att ha kontakt med marknaden innan en upphandling formellt sätts igång. Rent principiellt kan man samtidigt ifrågasätta att upphandlingslagstiftningen ska reglera sådant som alla redan uppfattar är tillåtet. En sådan lagstiftnings teknik riskerar att leda till att ett omfattningsrikt regelverk växer ytterligare.

Vägledning och stöd behöver breddas och spegla ett vidare perspektiv

Erfarenheterna visar att möjligheterna att föra dialog utnyttjas i allt större utsträckning, men också att det finns en stor utvecklingspotential. Ett mera allmänt utnyttjande av dialog som instrument i samband med offentlig upphandling förutsätter, enligt utredningens mening, ett mer utpräglat strategiskt tänkande inom myndigheternas ledningar, ökade resurser samt en satsning på kompetensutveckling bland ansvarig personal.

En viktig åtgärd är att bredda det statliga upphandlingsstödet till att också omfatta strategiska frågor och scenarier, bl.a. ekonomiska aspekter och konkurrensaspekter i olika tidsperspektiv.³⁰ Den samordnade upphandlingsstödande verksamheten bör också visa hur en ökad dialog kan leda till att miljöhänsyn och sociala hänsyn bättre kan integreras i upphandlingarna.

4.2.7 Vilka möjligheter till förhandling ger dagens upphandlingsregler?

Regler om förhandlat förfarande med föregående annonsering i gällande regelverk över tröskelvärdena

I LUF är förhandlat förfarande, som har föregåtts av annonsering, ett av huvudförfarandena vid upphandling över tröskelvärdena.³¹

³⁰ Se också kapitel 3.3.

³¹ 4 kap. 1 § LUF.

Vidare får förhandling tillämpas vid all upphandling som omfattas av 15 kap. LOU och LUF, dvs. upphandling under EU:s tröskelvärden.

För upphandlingar över tröskelvärdena, som omfattas av LOU, är förhandling däremot ett undantagsförfarande och får endast tillämpas enligt i lagen särskilt angivna fall.³² Förhandlat förfarande, som har föregåtts av en annons, får endast användas om det som ska upphandlas är av sådant slag – eller förenat med sådana risker – att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Vidare får förfarandet tillämpas vid upphandling av finansiella och intellektuella tjänster, som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakta förfrågningsunderlag, eller för byggentreprenader som endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och som inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader. Det är därutöver möjligt att under vissa särskilda omständigheter *övergå* till förhandling i samband med ett öppet eller selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog.³³

I LOU finns också möjligheter att använda förfarandet konkurrenspräglad dialog.³⁴ Detta förfarande får användas såväl under som över EU:s tröskelvärden. Konkurrenspräglad dialog innehåller klara inslag av förhandling. Förfarandet får dock endast användas om det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt och när det inte är möjligt att använda det öppna eller selektiva förfarandet. Det är de anbudsgivare som uppfyllt kvalifikationskraven som angivits i annonsen som får delta i den konkurrenspräglade dialogen. Syftet med den konkurrenspräglade dialogen är att den upphandlande myndigheten ska finna den eller de lösningar som bäst tillgodoser myndighetens behov. Under processen kan leverantörerna lämna förslag på olika lösningar. När dialogen avslutats ska anbudsgivarna uppmanas att lämna sina slutgiltiga anbud. Tilldelning av kontrakt ska ske enligt de kriterier som meddelades i annonsen.³⁵

³² 4 kap. 2 § LOU som motsvaras av artikel 30.1 i 2004/18/EG.

³³ Enligt 4 kap. 6 § LOU är det möjligt att avstå från annonsering om den upphandlande myndigheten endast bjuder in anbudsgivare, som uppfyllt kvalifikationskraven i den tidigare genomförda upphandlingen, vars anbud inte har några andra formella brister.

³⁴ 4 kap. 10–21 §§ LOU som motsvaras av artikel 11.11c samt 29 i 2004/18/EG.

³⁵ Kammarkollegiet, *Konkurrenspräglad dialog – Vägledning*, Upphandlingsstödet, 2010:1.

4.2.8 Förslag till nytt klassiskt upphandlingsdirektiv – förhandlat förfarande under konkurrens

Av grönbokskonsultationen framkom att en majoritet av intressenterna i medlemsstaterna var positiva till att utöka möjligheterna att använda förhandling inom den klassiska sektorn.³⁶ Kommissionen har lyssnat på intressenterna och förslaget till klassiskt direktiv innehåller ett nytt förfarande kallat *förhandlat förfarande under konkurrens*.³⁷ Det föreslås vara frivilligt för medlemsstaterna att införa.³⁸ Förslaget till reviderat försörjningsdirektiv – dvs. vad som i dag omfattas av LUF – innehåller inga förändringar av utrymmet för förhandling.

Det nya förfarandets tillämpningsområde

Huvudregeln är att det öppna eller selektiva förfarandet ska användas vid upphandling enligt det klassiska direktivförslaget. Men införandet av förhandlat förfarande under konkurrens utvidgar tydligt möjligheterna att förhandla. Det är upp till den upphandlande myndigheten att visa att det finns förutsättningar för att använda det nya förfarandet. Direktivförslaget innehåller också ökade möjligheter att använda den konkurrenspräglade dialogen.

Det klassiska direktivförslaget går, som nämnts, avsevärt längre än nuvarande bestämmelser om konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering.³⁹ Det nya förfarandet får användas när föremålet för upphandling, eller affärsupplägget uppfyller vissa rekvisit (A-fallen). Vidare får förfarandet användas om upphandlingen annonserats i ett tidigare skede, utan att det inkommit några giltiga anbud eller om anbuden som inkommit inte var godtagbara (B-fallen). Möjligheten att tillämpa

³⁶ Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market – Synthesis of replies, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf

³⁷ Artikel 24 för tillämpningsområdet, artikel 27 anger hur förfarandet ska gå till och skälen finns i beaktandesatserna 15–15c i det klassiska direktivförslaget. Bestämmelsernas slutliga utformning var ännu inte fastställda när betänkandet gick i tryck.

³⁸ Frivilligheten var bl.a. föremål för de förhandlingar som fortsatt pågick när betänkandet gick i tryck.

³⁹ Se artiklarna 1.11c, 29 samt 30 i 2004/18/EG.

ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering under dessa förhållanden – B-fallen – finns redan enligt gällande rätt.⁴⁰

Det är omständigheterna i A-fallen som innebär den väsentliga förändringen och utvidgar möjligheterna att förhandla. Enligt det nya direktivet får konkurrensutsatt förfarande med förhandling användas om någon av följande förutsättningar föreligger:

- den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av befintliga lösningar,
- upphandlingen inbegriper formgivning eller innovativa lösningar,
- kontraktet inte kan tilldelas utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter förknippade med kontraktets art, komplexitet, den rättsliga och finansiella utformningen eller på grund av riskerna i anslutning till dessa, eller
- den upphandlande myndigheten inte kan utarbeta tekniska specifikationer med tillräcklig precision genom hänvisning till en standard, europeisk teknisk bedömning, gemensam teknisk specifikation eller ett tekniskt referenssystem⁴¹.

Det är de två första strecksatserna som mer specifikt vidgar möjligheterna att använda förhandling. Utgångspunkten är i det ena fallet den upphandlande myndighetens behov. När det krävs en anpassning av de varor eller tjänster som finns på marknaden för att möta den upphandlande myndighetens behov, är det således möjligt att förhandla. Dessutom är det möjligt att använda det nya förfarandet om upphandlingen innehåller formgivningsaspekter eller förutsätter innovativa lösningar.⁴² I skälen till förslaget understryks att det inte är tillåtet att använda det nya förfarandet vid upphandling av standardvaror eller -tjänster. Sammantaget innebär detta att det nya förfarandets tillämpningsområde är brett.

⁴⁰ För B-fallen gäller att upphandlingen inte behöver annonseras igen om samtliga företag som lämnat anbud bjuds in att delta i den fortsatta förhandlingen. Anbuderna måste dock ha uppfyllt de formella kraven för upphandlingen och anbudsgivarna får inte vara föremål för några omständigheter som ska, eller får medföra att de utesluts, jämför 4 kap. 5 § punkt 1 LOU vilken bygger på artikel 30.1 a, det klassiska direktivet.

⁴¹ Vad som avses med referenssystem redovisas i punkterna 2 till 5 i bilaga VIII till det nya direktivet.

⁴² Det klassiska direktivförslaget innehåller också ett nytt förfarande kallat innovationspartnerskap som kan användas vid upphandling av innovativa lösningar. Det är också möjligt att använda konkurrenspräglad dialog under samma förutsättningar som gäller för det konkurrensutsatta förfarandet under förhandling.

Hur förfarandet ska genomföras

I en särskild bestämmelse regleras hur förhandlingen ska gå till och specifikt vad parterna *inte* får förhandla om.⁴³

Anbudsinfofrdan ska, i likhet med vad som gäller för det selektiva förfarandet, innehålla en beskrivning av sådana uppgifter som ska finnas med i en anbudsansökan. Alla ekonomiska aktörer som lämnat de efterfrågade uppgifterna kan ansöka om att få delta i förfarandet. I upphandlingsdokumenten ska minimikraven anges. Minikraven måste vara tillräckligt detaljerade för att presumtiva anbudsgivare ska kunna urskilja arten och omfattningen av upphandlingen samt kunna avgöra om de ska delta i förfarandet. I skälen till direktivförslaget förklaras att med minimikrav avses villkor och egenskaper, i synnerhet fysiska, funktionella och rättsliga, som alla anbud ska uppfylla för att komma ifråga för kontraktet i enlighet med de valda tilldelningskriterierna.⁴⁴ Samtliga anbudsökanden som uppfyller minimikraven bjuds in och får lämna ett preliminärt anbud. Härfter börjar förhandlingen.

Det är innehållet i anbudet som ska vara föremålet för förhandlingen och anbudet ska vara skriftliga. Den upphandlande myndigheten får inte förhandla om minimikraven eller tilldelningskriterierna. Den får däremot förhandla om alla andra aspekter av entreprenaden, varan eller tjänsten. Förhandlingarna får således omfatta kvalitet, kvantitet, kommersiella avtalsvillkor och sociala, miljömässiga eller innovativa aspekter.⁴⁵

I sammanhanget är det viktigt att påpeka att bestämmelserna om tilldelningskriterierna är förändrade jämfört med dagens regler. Utvärderingsgrunden lägsta pris har bytts ut mot anbudet med den lägsta kostnaden. Kostnaden kan bedömas på grundval av enbart priset eller genom beaktande av kostnadseffektivitet, såsom livscykelkostnader⁴⁶. Utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kvarstår.⁴⁷

⁴³ Artikel 27 i det klassiska direktivförslaget.

⁴⁴ Beaktandesats 15 c i det klassiska direktivförslaget.

⁴⁵ Det exakta innehållet i dessa bestämmelser var inte färdigförhandlade när betänkandet lämnades till tryck.

⁴⁶ Livscykelkostnad är i direktivförslagets mening ett vitt begrepp, en slags blandning av hur man hittills sett på livscykelkostnad och med inslag av livscykelanalys. Hur man ska se på kopplingen till föremålet för upphandling har också preciserats. Se vidare avsnitt 7.4.

⁴⁷ Uppräkningen av vilka kriterier som kan ingå har utökats, här anges att myndigheten exempelvis kan beakta tillgänglighet, design för alla användare och miljö- och sociala egenskaper under förutsättning att de är kopplade till föremålet för upphandlingen.

Förhandlingen får vidare ske i s.k. successiva steg, dvs. antalet leverantörer med vilka förhandlingar förs minskas stegvis tills det finns en slutlig vinnare.⁴⁸ Denna möjlighet är inte ny utan finns redan i nu gällande direktiv.⁴⁹ Bestämmelserna i förslagen upplyser också om vikten att behandla alla anbudsgivare lika under förhandlingen och betydelsen av att inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna en särskild anbudsgivare. Om förhandlingen leder till ändringar i underlagen, t.ex. av de tekniska specifikationerna, ska den upphandlande myndigheten särskilt se till att sådan information når samtliga anbudsgivare. Information ska lämnas skriftligen.

Förslaget innehåller också regler om att den upphandlande myndigheten inte utan samtycke får röja sekretessbelagd information, som en anbudsgivare lämnat, för övriga deltagare. Ett samtycke om utlämnande av uppgifter kan vidare inte lämnas generellt utan måste inhämtas för varje uppgift. Den upphandlande myndigheten kan avstå från att förhandla, trots att det varit avsikten från början, dvs. om det är möjligt att anta ett preliminärt anbud utan förhandling. Den upphandlande myndigheten måste dock ha förbehållit sig den rätten i annonsen.

Förhandling kan enligt förslaget vara av särskilt värde vid exempelvis upphandling av byggnader som inte är av standardkaraktär, varor och tjänster som behöver anpassningsåtgärder eller har formgivningsinslag, intellektuella tjänster, stora IT-projekt eller vid upphandling av andra avancerade produkter.⁵⁰

⁴⁸ Det innebär att alla leverantörer inte får möjlighet att lämna ett slutligt anbud. De kriterier som används för att minska antalet anbud ska annonseras.

⁴⁹ Artikel 30.2 i det klassiska direktivet som genomförts i svensk rätt genom 4 kap. 4 § LOU.

⁵⁰ Beaktandesatserna 15 och 15a till det klassiska direktivförslaget.

4.2.9 Upphandlingsutredningens bedömning och förslag

Upphandlingsutredningens bedömning:

Ökad användning av förhandling i offentliga upphandlingar stärker förutsättningarna för att åstadkomma goda affärer. Ett samordnat och breddat upphandlingsstöd behövs för att stödja upphandlande myndigheter och enheters användning av förhandling.

Upphandlingsutredningens förslag:

Det klassiska direktivförslagets förhandlat förfarande under konkurrens genomförs i LOU.

Förhandling är ett bra verktyg för att nå den goda affären

Utredningen ser mycket positivt på de utökade möjligheterna till förhandling inom den klassiska sektorn. Införandet av det nya förfarandet ökar förutsättningarna att göra goda affärer. Det faktum att möjligheterna att förhandla utgår från den upphandlande myndighetens behov är särskilt betydelsefullt. Det innebär att den goda affären sätts i centrum för den offentliga upphandlingen vilket är till nytta för både medborgarna, den offentliga sektorn och företagen.

Genom de ökade möjligheterna till förhandling kan anbudsgivarnas engagemang, och vilja, att erbjuda en lösning som möter den upphandlande myndighetens särskilda behov bättre tillvaratas. Möjligheterna till förhandling bidrar till ökad flexibilitet i upphandlingarna och att myndigheterna ges långt bättre möjligheter att både efterfråga och tillvarata innovativa lösningar. Utredningen bedömer att behovet att utfärda komplicerade förfrågningsunderlag – med mängder av detaljerade krav – minskar när det ges möjligheter att förhandla. Istället är det utredningens mening att underlag och processer kommer att utvecklas där funktionen och myndighetens behov kommer att stå i centrum. En sådan utveckling har avgörande betydelse för att den offentliga sektorn i långt större utsträckning ska kunna upphandla produkter och tjänster till önskvärd kvalitet, inklusive prestanda och hållbarhet. Det finns också skäl att anta att större användning av förhandlat förfarande kommer att bidra till att den gränsöverskridande handeln ökar. Kommissionens egen utvärdering har visat att kontrakt inom försörjnings-

sektorerna, som tilldelats genom förhandlat förfarande med föregående annonsering, historiskt ofta tilldelats anbudsgivare från andra länder.⁵¹

Från näringslivsorganisationerna har det framhållits att ökade förhandlingsmöjligheter kan leda till att risken för skönsmässiga bedömningar ökar och därmed för korrupta beteenden och protektionistiska val. Risken för missbruk och korruption ska inte underskattas. Den modell som presenteras i direktivförslaget ställer dock stora krav på transparens och vidare vilka som får delta och vilka aspekter som kan bli föremål för förhandling. I bestämmelsen tydliggörs vikten av likabehandling och icke-diskriminering. Vid utformningen av modellen har man således, så långt det är möjligt, tagit hänsyn till de risker som anses vara för handen i och med att utrymmet för förhandling vidgas. Förutom de anmärkningar om likabehandlingsprincipen m.m. som finns i bestämmelsen om det nya förhandlingsförfarandet finns även andra skyddsmekanismer mot korruption i svensk lagstiftning, såsom jävs- och mutbrottsbestämmelser.⁵² Till detta kommer möjligheten att överpröva en upphandling om en leverantör anser att denne lidit, eller kan komma att lida, skada. Upphandlingsutredningen anser sammanfattningsvis att fördelarna med att använda ett förfarande, som innebär större utrymme för förhandling, tydligt överväger eventuella risker.

Är det tillräckligt att införa ett nytt förfarande med förhandling?

Under utredningsarbetet påpekade flera intressenter att upphandlande myndigheter som regel inte använder sig av möjligheten till förhandling, trots att det redan i dag är tillåtet i flera fall. För upphandlingar som understiger EU-kommissionens tröskelvärden och för upphandlingar som genomförs i försörjningssektorerna är förhandling som huvudregel tillåtet. Ett av skälen till att man avstår uppges vara att det råder osäkerhet om vad man får förhandla om och hur förhandlingen ska dokumenteras. Det finns också en oro

⁵¹ Ramböll Management Consulting & University of Applied Sciences HTW Chur, *Crossborder procurement, above EU thresholds*, Copenhagen 2011.

⁵² Bestämmelser om mutbrott hittas i 10 kap. brottsbalken (1962:700) om jäv se 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223) och 6 kap. 24 – 27 §§ kommunallagen (1991:900). Institutet mot mutor lanserade också i september 2012 en *Kod om gåvor och belöningar och andra förmåner i näringslivet* (Näringslivskoden), se www.institutetmotmutor.se

från företagarkåll att upphandlande myndigheter saknar resurser för att genomföra professionella förhandlingar. I det nya direktivet förtydligas hur en förhandling ska gå till. Direktivet ger också vägledning om hur dokumentationen av förhandlingen ska ske. Även om förslaget främst är tillämpligt på upphandlingar som omfattas av direktivet så kan den modell som beskrivs även användas för upphandlingar som understiger tröskelvärdena eller genomförs med stöd av LUF.

En lyckad förhandling kräver enligt utredningen en god förhandlingsteknik. Införandet av det nya förfarandet behöver därför kombineras med stödjande och kompetenshöjande åtgärder för att positiva resultat ska uppnås.

Det finns ett starkt stöd bland intressenterna för att öka möjligheterna att förhandla vid upphandlingar som omfattas av det klassiska direktivet. En utökad användning av förhandling har förutsättningar att leda till att myndigheterna i högre grad kan upphandla innovativa och hållbara lösningar. Den föreslagna modellen med angivande av minimikrav, där anbudsgivarna får lämna preliminära anbud, som sedan genom förhandlingen anpassas till den upphandlande myndighetens behov ger stöd för detta antagande.

Utredningen ser positivt på det arbete som Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet hittills genomfört för att förtydliga när och hur förhandling kan och får ske. Vägledningen och stödet i frågor som rör förhandling behöver dock utvidgas, som tidigare nämnts, till att också omfatta ekonomisk teori, praktik och förhandlingsteknik för att de utökade möjligheterna till förhandling ska leda till bättre affärer för det offentliga. En förutsättning för att det nya förfarandet ska komma till bred användning och ge goda resultat är att myndigheternas ledningar engageras aktivt i verksamheten, främst i form av utvecklandet av tydliga strategier för sin upphandling.⁵³ Kompetenshöjande åtgärder är likaså viktiga, primärt genom olika utbildningar i offentlig upphandling på akademisk nivå. Förhandlingsteknik bör därvid utgöra ett viktigt inslag.⁵⁴

⁵³ Se avsnitt 3.2 och 3.3.

⁵⁴ Se avsnitt 3.6.

4.3 Beloppsgränserna för direktupphandling

I utredningens uppdrag ingår att föreslå åtgärder som kan förbättra den offentliga upphandlingens ekonomiska effektivitet. Professor Jerker Holm uttrycker det på följande sätt i den analys av transaktionskostnaderna⁵⁵ han genomfört för utredningens räkning:

Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv innebär, grovt uttryckt, en effektiv upphandlingsreglering att uppdraget att producera varan allokteras till den leverantör som kan tillhandahålla varan med en acceptabel kvalitet till lägst kostnad samt att upphandlingsprocessen kräver så litet resurser som möjligt.

4.3.1 Inledning

Samtliga inköp är förenade med transaktionskostnader. Vid upphandling i enlighet med upphandlingsregelverket har det allmänna liksom företagen högre kostnader än vid upphandlingar som genomförs som direktupphandlingar. Det har att göra med att det är mer tidskrävande att genomföra och lämna anbud på upphandlingar enligt LOU och LUF.

Analysen som professor Holm genomfört visar att en beloppsgräns för direktupphandling om drygt 845 000 kronor skulle vara samhällsekonomiskt effektiv, givet vissa förutsättningar. En norsk studie, som bygger på i grunden samma metodik som den professor Holm använt, anger den optimala beloppsgränsen till cirka 600 000 kronor.

Sedan de fasta beloppsgränserna för direktupphandling infördes har de varit föremål för omfattande kritik. En majoritet av de svenska remissinstanserna förespråkar att gränserna höjs. En höjning skulle enligt bl.a. innebära ökade möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att genomföra goda affärer eftersom resurserna i så fall kan styras mot mer omfattande upphandlingar, att kostnaderna minskar för myndigheter, enheter och leverantörer, ökade möjligheter för små och medelstora företag att få kontrakt och ökad flexibilitet. Dock ska det framhållas att flertalet av företagens intresseorganisationer inte delar denna uppfattning. Samtidigt har många av de enskilda företag som varit i kontakt med utredningen gett uttryck för uppfattningen att gränserna i dag är

⁵⁵ *En analys av transaktionskostnader vid offentlig upphandling – En rapport författad av Jerker Holm på uppdrag av Upphandlingsutredningen vid Socialdepartementet, 2011-10-19, bilaga 6 till SOU 2011:73.*

alltför lågt satta. Det främsta argumentet mot en höjning gäller vikten av att motverka korruption och godtycke. Det har också framförts farhågor om att en höjning skulle leda till att konkurrensen minskar. Några framhåller att dagens gränsvärden bör behållas eftersom de inte gällt särskilt länge och det saknas underlag att utvärdera deras effekter. Åter andra understryker att det är viktigt att konkurrensen tas till vara även vid direktupphandlingar. Några menar vidare att det finns risk för att en höjning av gränserna kan komma att leda till organisationsförändringar inom upphandlande myndigheter och enheter. Upphandlingsverksamheten skulle enligt dessa bedömare förlora resurser om gränserna höjdes.

Det här avsnittet innehåller först närmare redogörelse för delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter. Därefter beskrivs både de svenska och EU-rättsliga bestämmelser som rör direktupphandling. Avsnittet innehåller också en kort redovisning av hur det ser ut i övriga nordiska länder. Här efter redogörs för utredningens analys, vilka alternativ som övervägts och utredningens förslag.

4.3.2 Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

En av de frågor som mest frekvent diskuterats under utredningens arbete var de fasta beloppsgränser för direktupphandling som infördes i LOU och LUF den 15 juli 2010. Området har pekats ut av såväl upphandlande myndigheter och enheter som av leverantörer. Kritiken rörde att beloppsgränserna, framförallt i LOU, är på en för låg nivå.

Ett flertal företrädare för upphandlande myndigheter förespråkade en höjning av beloppsgränserna. Vid diskussioner inför delbetänkandet anfördes som skäl för en höjning t.ex. att gränsen är alltför låg när det gäller komplexa upphandlingar som byggtreprenader och, rent allmänt, att transaktionskostnaderna är för höga. Flera representanter för små företag framförde att de missgynnas av den införda beloppsgränsen och menade att en högre och mer flexibel gräns skulle leda till bättre möjligheter för dem att vinna upphandlingskontrakt. Från leverantörssidan har det därtill understrukits att det är förenat med höga kostnader att delta i offentliga upphandlingar men att kostnaderna i samband med direktupphandlingar är avsevärt lägre.

Det fanns dock intressenter som gav starkt uttryck för att behålla dagens beloppsgränser. Andemeningen här var att en höjning

av beloppsgränserna skulle minska de små företagens möjligheter att få kontrakt.

Utredningen konstaterade i delbetänkandet att det förekommit omfattande kritik mot den ESO-rapport⁵⁶ som till viss del ligger till grund för fastställandet av de beloppsgränser som nu gäller. Kritiken har bl.a. bestått i att det empiriska underlaget som rapporten bygger på är alltför begränsat.

Utredningen lade ut ett uppdrag på Professor Jerker Holm vid Lunds universitet att genomföra en analys av transaktionskostnaderna i samband med offentliga upphandlingar.⁵⁷ Analysen baseras på en särskild enkätundersökning⁵⁸, resultat från annan forskning och på utvärderingsrapporter⁵⁹ som EU-kommissionen tagit fram. En slutsats i analysen är att om regelverket för offentlig upphandling i snitt antas leda till 2,5 procents lägre priser – en uppskattning gjord av EU-kommissionen – så kan gränsen när det är effektivt att använda de reglerade förfarandena vid en upphandling – det s.k. kritiska värdet – sättas till drygt 845 000 kronor. Om upphandlingsreglerna istället antas leda till i snitt 5 procents lägre priser – enligt Holm en väl optimistisk siffra – ligger den kritiska gränsen vid cirka 420 000 kronor. Utifrån perspektivet av transaktionskostnadernas storlek drog professor Holm slutsatsen att gränsen för direktupphandling i LOU är för låg och förespråkade en höjning.

Utredningen underströk i delbetänkandet att professor Holms slutsatser är beaktansvärda och i linje med vad som framförts under utredningens utåtriktade arbete och även med vad många remissinstanser anförde inför lagändringen som trädde i kraft 2010. I delbetänkandet angavs därför att utredningen hade som primär inriktning att arbeta vidare med frågan med syftet att föreslå en höjning av gränserna för direktupphandling.

⁵⁶ Molander, Per, *Regelverk och praxis i offentlig upphandling*, rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO) 2009:2.

⁵⁷ *En analys av transaktionskostnader vid offentlig upphandling – En rapport författad av Jerker Holm på uppdrag av Upphandlingsutredningen vid Socialdepartementet*, 2011-10-19, bilaga 6 till SOU 2011:73.

⁵⁸ Enkäten utformades av utredningen i samarbete med Statistiska Centralbyrån och med stöd av Sveriges Offentliga Inköpare. Enkäten omfattade 89 frågor och distribuerades till 891 upphandlande myndigheter och enheter i Sverige. Svårighetsgraden uppgick till 36,4 procent.

⁵⁹ PriceWaterhouseCoopers, London Economics & Ecorys, *Public Procurement in Europe, procedures and techniques*, study prepared for the European Commission, March 2011.

En majoritet av remissinstanserna förespråkar att beloppsgränserna höjs

Flertalet remissinstanser berörde frågan om gränserna för direktupphandling i sina svar. En majoritet av remissinstanserna angav att beloppsgränserna för direktupphandling borde höjas, särskilt för byggtreprenader. Några remissinstanser meddelade att de önskar en särskild analys av vilken effekt höjda beloppsgränser kan ha. Förslag lämnades om att en höjd gräns kan kombineras med krav på dels viss dokumentation av den genomförda direktupphandlingen, dels viss begränsad konkurrensutsättning genom obligatoriskt inhämtande av anbud från minst tre leverantörer för alla kontrakt vars värde överstiger rena småköp. Ett par remissinstanser nämnde att de värden som gäller i Danmark och Norge kan tjäna som förebild. En övervägande majoritet av kommuner och landsting tillstyrkte en höjning av beloppsgränserna. Skälen som anfördes till stöd för en höjd gräns var främst att det skulle frigöra resurser till upphandlingar som omfattar större värden samt att en höjd gräns skulle gynna småföretagens medverkan i den offentliga upphandlingen.

Ett par remissinstanser ansåg däremot att nuvarande gräns bör utvärderas innan en ändring görs.

Företrädare för näringslivet menade att det saknas tillräckliga argument för att höja direktupphandlingsgränsen och påpekade att även flertalet direktupphandlingar kräver förberedelser i form av behovs- och marknadsanalys, kompletterat med ett avtal mellan parterna. Dessutom ansåg dessa intressenter att höjda gränser skulle vara ägnade att allvarligt motverka möjligheten för små företag att effektivt hävda sig i konkurrensen. Vidare angavs att en höjd gräns kan ha negativ inverkan även på utländska företags möjligheter. Att en höjd gräns kan öka risken för korruption och godtycke nämndes också. I ett remissvar angavs att en höjning av beloppsgränsen för direktupphandling avseende byggtreprenader inte borde ske eftersom mycket direktupphandlas på detta område redan i dag. Det nämndes vidare att riskerna för att karteller bildas ökar om gränserna höjs. Botkyrka och Ljusdals kommuner tillhör fåtalet upphandlande myndigheter som anser att en höjning av gränsen för direktupphandling är en felaktig väg att gå.

4.3.3 Gällande rätt

Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Det innebär att en direktupphandling inte behöver föregås av en annons och att anbud kan lämnas på det sätt som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämpligt. Det är t.ex. möjligt med muntliga anbud enligt nu gällande regler.

Ett förfarande som detta är möjligt att använda i särskilt specificerade undantagsfall, om särskilda skäl föreligger eller om värdet är lågt. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som ska visa att det funnits förutsättningar för att använda förfarandet.

Den 15 juli 2010 ersattes begreppet *lågt värde* i LOU och LUF med en i varje lag angiven nivå. I 15 kap. 3 § andra stycket LOU respektive LUF anges att direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av de tröskelvärden som anges i 3 kap. 1 § i LOU respektive LUF, vari hänvisas till de tröskelvärden som fastställs av EU-kommissionen. I ett särskilt tillkännagivande räknas tröskelvärdena om till svenska kronor.⁶⁰ Innebörden är att direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet som gäller för kommuner och landsting för varor och tjänster. När detta skrivs uppgår tröskelvärdena till 1 897 450 kronor⁶¹ för upphandlingar som sker i enlighet med LOU och 3 795 080 kronor för LUF, vilket innebär att gränsen är 284 617 kronor i LOU respektive 569 262 kronor i LUF.

De grundläggande principerna och direktupphandling

Upphandlingsdirektivens lagliga grund är den inre marknaden, dvs. etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla varor och tjänster.⁶² Det primära målet för upphandlingsdirektiven är således att främja den gränsöverskridande handeln. De principer som utvecklats ur Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget, särskilt principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet men även principerna om proportionalitet, transparens (öppenhet)

⁶⁰ Tillkännagivande (2011:575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁶¹ Det är således det tröskelvärdet som gäller för andra myndigheter än statliga, dvs. kommuner, landsting och allmännyttiga bolag. För statliga myndigheter gäller ett lägre tröskelvärdet, 1 233 401 kronor.

⁶² Ingressen till direktiv 2004/18 respektive 2004/17.

och opartiskhet eller likabehandling är därför av stor betydelse vid offentlig upphandling.⁶³

De grundläggande principerna ska tillämpas på alla offentliga upphandlingar, även sådana som omfattar belopp som inte uppgår till EU-kommissionens tröskelvärden samt s.k. B-tjänster.⁶⁴ Tillämpningsområdet är dock avgränsat på så sätt att principerna endast ska tillämpas på kontrakt som i tillräcklig utsträckning har ett samband med den inre marknads funktion.⁶⁵ Finns det ett gränsöverskridande intresse ska alltså samtliga principer tillämpas vid förfarandet. I normala fall har upphandlingar som uppgår till låga värden inte något intresse för leverantörer i andra medlemsstater och därmed inte något gränsöverskridande intresse.⁶⁶

Det är, i likhet med upphandlingsreglerna i övrigt, den upphandlande myndighetens ansvar att avgöra om en upphandling har ett gränsöverskridande intresse eller inte. En sådan bedömning ska i teorin göras vid varje enskild upphandling. I ett avgörande har emellertid EU-domstolen fastställt att medlemsstaterna, för att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter, kan fastställa objektiva kriterier, som är generellt giltiga, och som avgör när det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.⁶⁷ Ett sådant kriterium skulle, enligt domstolen kunna vara att fastställa ett bestämt belopp. Domstolen, men även generaladvokaten i sitt förslag till avgörande, hänvisade särskilt till effektiviteten i den offentliga förvaltningen samt till de upphandlande myndigheternas administrativa kapacitet.⁶⁸ Även om de grundläggande principerna ska genomsyra all upphandling, har alltså medlemsstaterna getts ett visst handlingsutrymme.⁶⁹ Det svenska upphandlingsregelverket är dock inte formulerat på det sättet. Enligt LOU och LUF gäller de grundläggande principerna – likabehandlings-, ickediskriminerings-,

⁶³ Principerna är införda i 1 kap. 9 § LOU samt 1 kap. 24 § LUF.

⁶⁴ Se EU-domstolens avgöranden i bl.a. C-324/98 Teleustria Telefonadress, C-92/00 HI m.fl.

⁶⁵ Saknas ett gränsöverskridande intresse är inte heller primärrätten tillämplig, se C-380/05 Centro Europa, punkt 67, vidare även C-231/03, Coname, punkt 20 och C-507/03 Kommissionen mot Irland (An Post), punkt 25.

⁶⁶ Se också Kommissionens tolkningsmeddelande *Gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling* (2006/C 179/02).

⁶⁷ De förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP Spa m.fl. punkt 31.

⁶⁸ P. 32 och 33 samt generaladvokatens förslag till avgörande i samma mål p. 32.

⁶⁹ Det finns inget hinder i upphandlingsdirektiven att annonsera kontrakt som omfattar lägre värden, det har EU-domstolen påpekat ett antal tillfällen. Det är möjligt att direktiven eller de grundläggande principerna inte hindrar annonsering av sådana kontrakt. Annonssmallarna i TED är emellertid inte utformade på ett sådant sätt att det är praktiskt genomförbart att annonsera kontrakt som understiger tröskelvärdena.

transparens- och proportionalitetsprinciperna samt principen om ömsesidigt erkännande – redan från första kronan trots angivna gränser för direktupphandling.

Beräkningen av kontraktsvärdet

En upphandlande myndighet eller enhet måste alltid företa en uppskattning av ett framtida kontrakts värde för att kunna avgöra vilka regler som ska tillämpas vid en upphandling. På upphandlingar som omfattar kontraktsvärden vilka understiger EU:s tröskelvärden ska reglerna i 15 kap. LOU och LUF tillämpas. Bestämmelserna överensstämmer till stor del med reglerna som gäller för direktivstyrda upphandlingar. För upphandlingar som inte når upp till de fastställda gränserna för direktupphandling gäller som redan nämnts endast de grundläggande principerna.

Beräkningen av kontraktsvärdet ska enligt huvudregeln leda till att LOU respektive LUF ska tillämpas på upphandlingen. Direktupphandling är ett undantagsförfarande och sådana ska enligt praxis alltid tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som ska visa att förutsättningar för att tillämpa direktupphandling föreligger.

Utgångspunkten är att ett kontrakts värde är liktydigt med det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.⁷⁰ En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna. Mervärdesskatt ska inte räknas med. Eventuella options- eller förlängningsklausuler ska dock räknas in. Dessa regler gäller för samtliga upphandlingar oavsett värde. En beräkningsregel som endast gäller för direktupphandlingar är att man ska beakta även tidigare direktupphandlingar av *samma slag*, gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. I de allra flesta fall är räkenskapsåret detsamma som kalenderår.⁷¹

Vad som avses med direktupphandlingar av *samma slag* har inte klargjorts i praxis eller förarbeten. I förarbetena anges att upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och innehåll inte bör upphandlas separat men att det samtidigt inte finns något hinder att dela upp ett kontrakt i delar.⁷² Rent praktiskt är det således möjligt att dela upp en upphandling i flera delar för att t.ex. få fler

⁷⁰ 15 kap. 3 a § LOU respektive LUF.

⁷¹ Det är också möjligt att ha s.k. brutet räkenskapsår, 1/5 till 30/4, 1/7 till 30/6 eller 1/9 till 31/8.

⁷² Prop. 2009/10:180.

anbud från företag av olika storlek. Det förhåller sig annorlunda när det gäller hur beräkningen av kontraktsvärdet ska göras eftersom en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna. När det gäller vad som kan vara upphandlingar av samma slag används begrepp som "närbesläktade" och "likartade" i motiven och det hänvisas till att kategorierna i bilaga 1 till LOU respektive LUF, kan användas för att avgöra vilka tjänster som ska läggas samman.⁷³ Bilagan innehåller dock en förteckning endast över byggentreprenadkontrakt och är ordnad i huvudgrupper och undergrupper, de senare med anmärkningar om vilka tjänster som ingår. Det bör innebära att en undergrupp, t.ex. takarbeten (som omfattar byggande av tak, taktäckning och impregnering) ska räknas som likartade.⁷⁴

I förarbetena anges vidare att tolkning och vägledning av hur kontraktsvärde gällande direktupphandlingar ska ske får sökas vidare i motiven och den praxis som utvecklats avseende direktivstyrda upphandlingar.⁷⁵ Det innebär bl.a. att värdet ska beräknas vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in leverantörer att komma in med anbud.⁷⁶

En myndighet, t.ex. en kommun kan bestå av flera upphandlande myndigheter. I förarbetena nämns dock inget särskilt om hur begreppet upphandlande myndighet eller enhet ska tolkas när det gäller beräkningen av kontraktsvärdet för direktupphandlingar. Det saknas stöd för att en annan bedömning ska göras när det gäller direktupphandling än vad som gäller för t.ex. upphandling över tröskelvärdena. Tolkningen ska således ske utifrån definitionerna i upphandlingslagarna.⁷⁷

Avslutningsvis kan konstateras att domstolspraxis från överrätt saknas på området.⁷⁸

Förslagen till nya upphandlingsdirektiv innehåller några förtydliganden gällande beräkningen av kontraktsvärdet. Det är framförallt bestämmelserna om vad som utgör en upphandlande myndighet

⁷³ Prop. 2006/07:128 s. 317f.

⁷⁴ Institutet förhandsinsyn bör också nämnas. En annons om förhandsinsyn är tänkt att användas om en upphandlande myndighet eller enhet är osäker på sin bedömning t.ex. gällande värdet och för att försäkra sig om att ett avtal inte kan förklaras ogiltigt även om kontraktsvärdet skulle visa sig överstiga gränsen för direktupphandling, se 15 kap. 5 a § LOU och LUF.

⁷⁵ Prop. 2009/10:180 s. 345.

⁷⁶ 3 kap. 4 § LOU och 3 kap. 3 § LUF.

⁷⁷ 2 kap. 19 § LOU och 2 kap. 20 § LUF samt 3 kap. respektive lag.

⁷⁸ Det finns en dom från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 3103-11 som rör beräkningen av ett avtal, som med option omfattade tre år, och vad en prisdiskussion inför optionsåret kan leda till.

som utvecklats, se vidare nedan under rubriken *Tillvaratagande av konkurrensen*, avsnitt 4.3.6.

Dokumentation

Det saknas särskilda bestämmelser i LOU eller LUF om dokumentation av direktupphandlingar som genomförs på grund av att värdet är lågt.⁷⁹ Som ovan beskrivits måste upphandlande myndigheter och enheter ändå på något sätt ha kontroll över sina direktupphandlingar så att de i lagen fastställda värdena inte överskrids.

För myndigheter som lyder under offentlighetsprincipen, dvs. statliga myndigheter, kommuner och landsting, gäller att allmänna handlingar ska registreras och hållas på ett sådant sätt att rätten för enskilda att ta del av handlingarna säkerställs.⁸⁰ En allmän handling är något som framställts på papper eller elektroniskt och kan läsas eller avlyssnas och som antingen kommit in till en myndighet eller upprättats hos myndighet. Som exempel kan nämnas protokoll, anbud och avtal. Vidare gäller absolut sekretess även för direktupphandlingar som bestämmelsen är utformad.⁸¹ Detta innebär att uppgifter i anbud inte får lämnas ut förrän tilldelningsbeslut fattats.⁸² För upphandlande enheter som inte omfattas av sekretessreglerna gäller inte offentlighetsprincipen och handlingar kan inte begäras ut under en pågående upphandlingsprocess.

För myndigheter som omfattas av arkivlagen⁸³ gäller att allmänna handlingar ska arkiveras för framtiden.⁸⁴ Det saknas en angiven tidsgräns för när arkiveringen ska upphöra. För upphandlande myndigheter som inte omfattas av arkivlagen gäller att t.ex. anbud, protokoll, förteckningar och liknande ska bevaras i minst fyra år från den dag avtalet tilldelades.⁸⁵ För bolag, stiftelser och andra privaträttsliga subjekt vilka bedriver näringsverksamhet men

⁷⁹ 15 kap. 18 § LOU respektive LUF.

⁸⁰ 4 kap. 1 § och 5 kap. 1 § offentlighets och sekretesslagen (2009:400), OSL. Se även 2 kap. tryckfrihetsförordningen (1949:105), TF.

⁸¹ 19 kap. 3 § andra stycket OSL.

⁸² Se not 57 samt bilaga till OSL.

⁸³ Arkivlagen (1990:782), sådana myndigheter är t.ex. kommuner, landsting, statliga myndigheter m.m.

⁸⁴ Arkivförordning (1991:446).

⁸⁵ 15 kap. 20 § LOU respektive LUF. Exempel på upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen är kommunala och statliga bolag och privata upphandlande enheter.

som är upphandlande myndigheter eller enheter gäller också bokföringslagens bestämmelser om arkivering.⁸⁶

4.3.4 Erfarenheter från de nordiska grannländerna

Finland

I Finland uppgår de nationella tröskelvärdena, fr.o.m. 1 juni 2010, till 30 000 euro för varor, tjänster, tjänstekoncessioner och projekt-tävlingar, till 100 000 euro för hälsovård och socialtjänster, enligt bilaga B, och utbildning som gemensam upphandling samt till 150 000 euro för byggtreprenader och byggkoncessioner. Det saknas särskilda nationella regler om upphandlingar inom försörjningssektorerna. Här gäller således EU:s tröskelvärden som gränsvärden.

De nationella tröskelvärdena infördes i finsk lag i samband med införandet av ändringarna av rättsmedlen, dvs. i stort sett samtidigt som det i Sverige infördes fasta gränser för direktupphandling.⁸⁷ Skälen till införandet av de nationella tröskelvärdena var att väsentligt förenkla upphandlingsförfarandena och minska de administrativa kostnaderna för upphandlingar av lägre värden. Hur de upphandlande myndigheterna ska gå tillväga vid upphandlingar som uppgår till värden under gränsvärdena får myndigheten själv avgöra genom t.ex. antagande av egna upphandlingsanvisningar. Avsikten är således att öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering av anbudsgivare ska säkerställas även vid upphandlingar som omfattar lägre värden. Marknadens funktion ska beaktas och principerna för god förvaltning likaså.⁸⁸

Det ansvariga departementet lät göra en (begränsad) statistisk undersökning av strukturerna för kommunernas upphandling. Undersökningen genomfördes genom stickprov och avsåg upphandlingar inom vissa förvalda beloppsgränser och några utvalda varor/tjänster. Undersökningen visade bl.a. att till antalet utgör upphandlingar av lägre värden den största andelen men när det kommer till det sammanlagda värdet, så står de större upphand-

⁸⁶ Enligt 7 kap. 2 § bokföringslagen (1999:1078), ska räkenskapsinformation (fakturor, avtal m.m.) bevaras fram till och med det sjunde året efter utgången av det kalenderår då räkenskapsåret avslutades.

⁸⁷ Finland var dock något före Sverige, lagen trädde i kraft den 1 juni 2010.

⁸⁸ Principerna för god förvaltning härrör ur Finlands grundlag 21 § och innebär bl.a. att tjänsteåligganden ska skötas effektivt i enlighet med serviceprincipen.

lingarna för den betydande delen.⁸⁹ De beloppsgränser som infördes bygger emellertid inte på några ekonomiska överväganden.

Företagens möjligheter att klaga på upphandlingsbeslut, för upphandlingar under de nationella gränsvärdena tillgodoses i Finland av de möjligheter att ansöka om ändring som finns i den finska kommunallagen.

Norge

För upphandlingar inom den klassiska sektorn som understiger 500 000 norska kronor, vilket när detta skrivs motsvaras av cirka 600 000 svenska kronor, kan den upphandlande myndigheten välja att tillämpa endast de grundläggande principerna. För upphandlingar inom försörjningssektorerna saknas särskilda nationella bestämmelser.

Vid en utvärdering som genomfördes under 2004 kom man fram till att det nationella tröskelvärdet, som då uppgick till 200 000 norska kronor, var för lågt. Tröskelvärdet höjdes därför under 2005 till 500 000 norska kronor. Ett konsultföretag fick sedan i uppdrag av regeringen att utvärdera höjningen samt analysera vilka konsekvenser en eventuell ytterligare höjning skulle kunna leda till. I uppdraget ingick också att titta på om ett förenklat förfarande för upphandlingar av lägre värden och differentierade tröskelvärden skulle införas. Slutligen skulle konsulten identifiera andra möjliga åtgärder som kunde bidra till att minska kostnaderna och öka konkurrensen.⁹⁰ Till grund för utvärderingen låg en enkät till både upphandlare och leverantörer, djupintervjuer och en databas med information om upphandlingar. Av detta material kunde beräkningar avseende transaktionskostnader och konkurrens utföras. Enligt analysen skulle det inte vara samhällsekonomiskt effektivt att höja det nationella tröskelvärdet ytterligare. Vidare fann man inte stöd för att införa skilda tröskelvärden för varor och tjänster. Merkostnaderna för tjänster var visserligen högre, men så var även konkurrensgraden. Utvärderingen utmynnade i slutsatsen att det är samhällsekonomiskt optimalt med en direktupphandlingsgräns om 500 000 norska kronor.

⁸⁹ Resultatet ligger i linje med den analys av Bergman och Nilsson som utredningen redovisade i delbetänkandet, SOU 2011:73, se avsnitt 4.2.2.

⁹⁰ Asplan Viak AS, *Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen*, rapport författad på uppdrag från Fornyings- og administrasjonsdepartementet i Norge 2008-06-24.

Det finns vidare möjlighet att annonsera även upphandlingar som uppgår till låga belopp på den nationella upphandlingsplattformen, Doffin. Man anser att det följer av proportionalitetsprincipen att kraven på hur upphandlingen ska genomföras ökar proportionellt med värdet av upphandlingen: Ju högre värde upphandlingen uppskattas omfatta, desto viktigare är det att bjuda in fler leverantörer att konkurrera. Inköp som uppgår till mer än 100 000 norska kronor lyder under en skyldighet att protokollföra alla väsentliga omständigheter. Skyldigheten är mer omfattande för upphandlingar över EU:s tröskelvärden. Departementet har tagit fram mallar som upphandlarna kan använda. Det anses att skyldigheten att föra protokoll leder till ökad öppenhet och möjlighet att pröva upphandlingars överensstämmelse med regelverket i efterhand.

Det finns vissa möjligheter att klaga på upphandlingar som uppgår till värden som understiger det nationella tröskelvärdet.

Danmark

Alla upphandlingar av varor och tjänster som överstiger 500 000 danska kronor ska annonseras. Gränsen infördes 2007. Någon särskild ekonomisk utredning genomfördes inte. För upphandling av byggtreprenader gäller EU Kommissionens tröskelvärden. Det saknas särskilda nationella bestämmelser för upphandling inom försörjningssektorerna.

4.3.5 Skäl för att höja beloppsgränserna för direktupphandling

Beloppsgränserna för direktupphandling är inte på en samhälls-ekonomiskt optimal nivå. Det är flertalet intressenter överens om. Transaktionskostnaderna motsvaras inte av motsvarande vinster.

Nuvarande gränser är inte på en samhällsekonomiskt optimal nivå

I den tidigare refererade norska analysen uppskattades att de upphandlande myndigheterna sparar i snitt 20 timmar per upphandling genom den höjning av direktupphandlingsgränsen från 200 000

norska kronor till 500 000 norska kronor som genomförts.⁹¹ Höjningen ledde enligt rapporten till en besparing som uppskattas till cirka 10 000 norska kronor per upphandling, vilket innebar en total besparing för samhället om cirka 3–6 miljarder norska kronor per år. Beräkningarna av hur konkurrensen påverkades gjordes på basis av det empiriska underlaget men också genom att ta hänsyn till andra studier. Att annonsering leder till fler anbud, stärker konkurrensen och leder till besparingar är en generell utgångspunkt. Men annonsering är inte alltid en nödvändig förutsättning för att åstadkomma tillräcklig konkurrens enligt rapporten. Man menar att om det finns tillräcklig kunskap om den aktuella marknaden kan goda affärer genomföras utan annonsering.

Det saknas tillförlitliga uppgifter både angående hur mycket som direktupphandlas i Sverige i dag och hur stor del av upphandlingsmarknaden som ligger i intervallet 284 000 kronor (som är direktupphandlingsgränsen i dag) och, säg, 600 000 kronor.⁹² En höjning av gränserna för direktupphandling skulle otvivelaktigt leda till en större andel direktupphandlingar. Hur stor del av det totala upphandlingsvärdet som skulle påverkas går det emellertid inte att uttala sig säkert om.

Enligt utredningens bedömning vänder sig de flesta upphandlande myndigheter till fler än en leverantör även i samband med direktupphandlingar. De fall då prisjämförelser inte görs eller då offerter eller prisförslag inte infordras torde främst förekomma i samband med inköp till ringa belopp.⁹³

Transaktionskostnaderna för att genomföra upphandlingar i enlighet med regelverket vis-a-vis vinsterna

Med transaktionskostnader avses i huvudsak den tid som olika moment tar i samband med en upphandling. Samtliga inköp hos en myndighet kräver att viss tid används för genomförandet, även direktupphandlingar. Behovs- och marknadsanalyser måste t.ex. göras oavsett upphandlingens värde.

⁹¹ Timkostnaden uppskattas till 500 norska kronor per timme (cirka 580 svenska kronor). Asplan Viak a.a. s. 54 ff.

⁹² Mats Bergman uppskattade 2008 direktupphandlingarnas värde till sammantaget cirka 300 miljarder kronor per år. Se uppdragsforskningsrapporten *Offentlig upphandling och offentliga inköp – omfattning och sammansättning*, Konkurrensverket 2008, s. 31.

⁹³ Det bör noteras att i detta avsnitt diskuteras *endast* direktupphandlingar som sker på grund av att värdet understiger de fastställda gränserna. Direktupphandling får ske i flera andra fall, t.ex. om det föreligger synnerlig brådska.

Den analys som professor Jerker Holm utfört för utredningens räkning visar att det föreligger stora tidsskillnader vid användandet av de olika förfarandena som finns i LOU.⁹⁴ Holms analys visar att det finns starka skäl att höja gränserna för direktupphandling. Om man antar att upphandlingsregelverket totalt sett resulterar i snitt 2,5 procent lägre priser vore det, enligt Holm, kostnadseffektivt att endast utnyttja regelverket för upphandlingar fullt ut för värden som överstiger cirka 800 000 kronor. Den norska studien pekar i samma riktning. Vid sidan av de sänkta transaktionskostnaderna uppnås också väsentliga fördelar i form av förenklingar och ökad flexibilitet. De upphandlande myndigheternas och enheternas resurser kan i större utsträckning inriktas mot de mer komplexa och värdemässigt högre upphandlingarna.

En höjning av gränserna skulle naturligtvis också leda till att transaktionskostnaderna sänktes avsevärt för företagen. De undersökningar som finns visar att de samlade transaktionskostnaderna för företagen i samband med en upphandling kan uppgå till så mycket som 85 procent av de samlade transaktionskostnaderna för upphandlingen.⁹⁵ Det finns sålunda betydande belopp som kan sparas.

Direktupphandlingar blir inte föremål för överprövning och någon avtalsspärr gäller inte

Ett av många skäl till önskemålet om höjda direktupphandlingsgränser är att direktupphandlingar i regel inte blir överprövade.⁹⁶ Det är framförallt det faktum att en överprövning leder till att upphandlingen stoppas som utgör det största problemet enligt intressenterna. När en upphandling stoppas leder detta till att kontraktet inte kan genomföras i enlighet med den upphandlade myndighetens behov, vilket kan skapa stora problem. Det har visat sig att redan vetskapen om att en upphandling kan komma att stoppas genom en överprövning leder till att myndigheter och

⁹⁴ Siffrorna bygger på en enkät utsänd under våren 2011. Siffrorna har sedan analyserats. Metoden framgår av utredningens delbetänkande SOU2011:73, bilaga 6, s. 397 ff.

⁹⁵ Siffran är baserad på uppgifter i en tidigare nämnd utvärderingsrapport framtagen av PriceWaterhouseCoopers för EU-kommissionens räkning, av vilken det framkommer att den genomsnittliga tiden som företagen lägger på upphandling uppskattas till 116 arbetsdagar. Därefter har tiden multiplicerats med det antal anbud som läggs i genomsnitt och summan har jämförts med de tidsuppgifter som myndigheterna har lämnat om den tid det tar att genomföra upphandlingar som överstiger EU:s tröskelvärden.

⁹⁶ Enligt 16 kap. 13 § LOU och LUF får överprövning inte ske efter det att avtal har ingåtts.

enheter fokuserar på riskminimering i stället för resultatoptimering.⁹⁷

Svaren från utredningens enkät visar också att en överprövning i genomsnitt tar cirka 68 timmar för en upphandlande myndighet. Hur stor tidsåtgången är för leverantörerna saknar utredningen kunskap om, men det kan antas att tidsåtgången i vart fall inte är mindre för dem. Till dessa kostnader tillkommer i regel kostnader för juristhjälp. I avsnitt 5 redovisas domstolarnas handläggningstider och kostnader för att avgöra upphandlingsmål. Det finns anledning att tro att en höjning av gränserna för direktupphandling skulle leda till att resurser frigörs i förvaltningsrätterna vilket påverkar handläggningstiderna i positiv riktning.

När den upphandlande myndigheten fattat ett tilldelningsbeslut i en upphandling, får avtal inte ingås förrän tio dagar gått från det att underrättelse om tilldelning skickades, den s.k. avtalsspärren.⁹⁸ Eftersom direktupphandling är ett formfritt förfarande behöver avtalsspärren inte iakttas. Det innebär att ett kontrakt som upphandlats genom direktupphandling kan genomföras omedelbart.

Höjda gränser leder till att resurser kan fokuseras till mer omfattande upphandlingar

Som flera av remissinstanserna påpekat, och som varit ett av de bärande skälen för Finlands höjning av gränsen för direktupphandling, är det viktigt att de upphandlande myndigheterna kan ge prioritet åt de upphandlingar som omfattar stora värden och som därmed ofta är mer komplexa. Om så sker ökar förutsättningarna för fler goda affärer både för det allmänna och för företagen. Utredningen finner att detta är ett mycket starkt skäl för att höja gränsvärdena. Den föreslagna höjningen innebär emellertid inte som flera gånger påpekats, att direktupphandlingar inte ska konkurransutsättas.

⁹⁷ Se vidare kapitel 5, där detta utvecklas ytterligare och förslag på åtgärder presenteras. Enligt Konkurrensverket är det mer än dubbelt så vanligt att upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven blir omprövade; 13 procent av de upphandlingar som genomfördes i enlighet med det öppna förfarandet blev föremål för överprövning. Det ska jämföras med att 5 procent av upphandlingarna, där det förenklade förfarandet användes, blev överprövande. *Siffror och fakta om offentlig upphandling – statistik om upphandlingar som genomförts under 2011*, Konkurrensverket, rapport 2012:6.

⁹⁸ 16 kap. 1 § LOU respektive LUF.

Ökade möjligheter för små företag att erhålla kontrakt?

Det råder, som redan nämnts, delade meningar om en höjd gräns leder till att små och medelstora företag i ökad utsträckning får kontrakt med det offentliga. De små företagen upplever regelverket många gånger som krångligt och byråkratiskt, vilket kan utgöra ett inträdeshinder.⁹⁹ Utredningens genomgång visar också att det är hos företagen som den största andelen av transaktionskostnaderna förenade med upphandlingsregelverket ligger. En förutsättning för att en höjning av gränserna ska leda till att små och medelstora företag i ökad grad får kontrakt med det allmänna, synes dock vara att upphandlande myndigheter och enheter aktivt söker bredda konkurrensen i varje enskilt fall.

4.3.6 Leder höjda gränser för direktupphandling till ökad risk för korruption och godtycke?

Det har framförts som argument att höjda gränser för direktupphandling skulle öka riskerna för korruption och godtycke. Med korruption avses att någon utnyttjar sin tjänsteposition eller annan förtroendeställning för egen vinning, främst genom tagande av mutor eller givande av mutor. Så kallad svågerpolitik (nepotism) är en annan negativ aspekt av korruption.

De lagar och regler som är avsedda att motverka korruption återfinns inte i upphandlingslagarna.¹⁰⁰ I samband med att mutbrottsbestämmelserna reformerades infördes ett nytt brott benämnt *handel med inflytande* avsett att träffa fall som faller utanför givande och tagande av muta.¹⁰¹ Straffbestämmelsen träffar en person som tar emot, godtar ett löfte om, eller begär respektive lämnar, utlovar eller erbjuder någon en otillbörlig förmån för att påverka en tredje persons beslut eller åtgärd vid myndighetsutövning eller offentlig upphandling.¹⁰²

Vidare återfinns regler om jäv i förvaltningslagen.¹⁰³ Till dessa bestämmelser kommer naturligtvis de grundlagsstadgade bestäm-

⁹⁹ Se kapitel 9.

¹⁰⁰ 10 kap. 5 a-c, 9 och 10 §§ brottsbalken (1962:700) om tagande och givande av muta, även grovt brott, handel med inflytande, vårdslös finansiering av mutbrott samt förberedelse till grovt givande av muta.

¹⁰¹ Prop. 2011/12:79 En reformerad mutbrottslagstiftning.

¹⁰² Bestämmelsen bygger på artikel 12 i Europarådets konvention om korruption samt artikel 18 FN-konventionen mot korruption.

¹⁰³ 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223).

melserna som utgörs av offentlighetsprincipen, dvs. de om rätten att få ta del av allmänna handlingar och meddelarskydd som ger allmänheten rätt till insyn och skyddar uppgiftslämnare. I upphandlingslagarna finns särskilda bestämmelser om att utesluta en leverantör från att delta i upphandlingar om leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som t.ex. innefattar bestickning.¹⁰⁴

Enligt Statskontoret, som nyligen utrett hur korruptionen i det kommunala Sverige ser ut, förekommer korruption mest i plan- och byggsektorn och upptäcks främst av privatpersoner.¹⁰⁵ Statskontoret menar att det finns ett samband mellan korruption och bristande efterlevnad av bestämmelserna i LOU. I merparten av de upptäckta korruptionsfallen fanns redan en affärsrelation mellan mottagaren och givaren. Enligt rapporten är olika typer av bjudresor den vanligaste typen av muta som anmäls. När en kommun eller ett landsting drabbats har det skett genom överfakturering av olika arbeten, t.ex. har någon fått sommarstugan ombyggd eller erhållit byggmaterial.¹⁰⁶ Statskontoret kunde inte finna att antalet anmälningar om korruption ökat över tid. Uppfattningen bland tjänstemän och förtroendevalda var emellertid att förekomsten av korruption ökat. Enligt rapporten är det framförallt bolagiseringen av den kommunala verksamheten som har lett till att insyn och kontroll blivit svagare.¹⁰⁷ Statskontoret föreslår bl.a. att regeringen ska säkerställa att den kommunala sektorn arbetar systematiskt mot korruption. Detta kan enligt förslaget ske genom att regeringen sluter en överenskommelse med Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) om att fortsätta arbetet med ett nätverk mot korruption. Ett sådant nätverk kan stödja kommunerna och landstingen i arbetet med att förebygga och bekämpa korruption. Statskontoret menar även att skyddet för personer som slår larm om oegentligheter bör förstärkas. Statskontoret föreslår också att SKL tar initiativ

¹⁰⁴ 10 kap. 1 § LOU samt LUF. De brott som räknas upp är deltagande i en kriminell organisation, bestickning, bedrägeri och penningtvätt. Bestämmelserna bygger på art. 45.1 i direktivet för den klassiska sektorn respektive art. 54.4 (53.3 avseende kvalificeringssystem) i direktivet gällande försörjningssektorerna och det är brottsrubricering enligt definition i akter antagna av rådet (98/742/RIF). Den engelska termen är "corruption". I förslagen till nya upphandlingsdirektiv (art. 55 resp. art. 74) anges att bestämmelserna även innefattar korruption i enlighet med nationell lagstiftning. Detta har inte varit föremål för diskussion under förhandlingarna med Europaparlamentet.

¹⁰⁵ Statskontoret, *Köpta relationer – Om korruption i det kommunala Sverige*, 2012:20, s. 81 f.

¹⁰⁶ Se t.ex. Hovrätten för Västra Sverige, dom av den 16 september 2011 i mål nr B 2778-11.

¹⁰⁷ Statskontoret, A.a. s. 123 f.

till att arbeta fram en gemensam kommunal värdegrund som motsvarar den som finns i den statliga förvaltningen.

Utredningen har uppmärksammat ett flertal positiva initiativ. Göteborgs kommun har t.ex. upphandlat en särskild tjänst som innebär att anställda vid kommunen kan anmäla vad de misstänker kan vara korruption till ett fristående företag. Inom ramen för reformeringen av mutbrottslagstiftningen tog en arbetsgrupp fram ett förslag till en kod om beslutspåverkan inom näringslivet. Institutet mot mutor har sedan fastställt koden och ansvarar för dess förvaltning. Koden omfattar alla slags gåvor, belöningar och förmåner samt alla bokföringsskyldiga svenska företag och filialer. Den trädde i kraft den 1 september 2012.¹⁰⁸

Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har till stöd för upphandlande myndigheter och enheter tagit fram en skrift om hur korruption kan förebyggas i offentlig upphandling. I skriften pekas direktupphandlingar ut som ett område där det är ökad risk för mutbrott eftersom det saknas regler om hur sådana upphandlingar ska gå till och för att de ofta sköts av personal ute i organisationerna som kanske inte alla gånger känner till upphandlingsreglerna.¹⁰⁹

Liksom Statskontoret och Kammarkollegiet finner utredningen att det är viktigt att de upphandlande myndigheterna och enheterna har utvecklade riktlinjer för att motverka korruption och andra oegentligheter. Utbildningsinsatser för att öka kompetensen är en viktig del. Vad som bör eftersträvas är en helhetssyn på hur organisationer arbetar med korruptionsförebyggande, åtgärder, varav upphandlingsverksamheten utgör en aspekt. Ett sådant arbete bör ske oavsett vilka gränser för direktupphandling som gäller.

En åtgärd som skulle öka transparensen och därmed motverka uppkomsten av korruption består i att direktupphandlingar omfattas av en särskild dokumentationsplikt som innebär att alla väsentliga omständigheter om direktupphandlingen ska antecknas i ett särskilt protokoll. Uppgifter som ska finnas med är t.ex. hur konkurrensen tagits till vara och vilken leverantör som erhållit kontrakt. Antagande av riktlinjer för direktupphandling och dokumentation av upphandlingar överstigande 100 000 kronor kan tillsammans utgöra goda verktyg i kampen mot korruption. Utredningen vill också

¹⁰⁸ Institutet mot mutor, *Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet, "Näringslivskoden" 2012.*

¹⁰⁹ Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, *Att förebygga korruption – i offentlig upphandling*, 2011:11.

påminna om behovet av att varje myndighet utvecklar en strategi för sin upphandling, vilken även bör omfatta direktupphandlingar.

Det har vidare hävdats att höjda gränser för direktupphandling skulle öka riskerna för anbudskarteller. Utredningen har emellertid inte funnit något stöd för att risken för karteller skulle vara högre för direktupphandlingar än för reglerade upphandlingar.

4.3.7 Åtgärder för tillvaratagande av konkurrensen på marknaden

Upphandlingsutredningens bedömning:

Upphandlande myndigheter och enheter bör vid direktupphandlingar som huvudregel tillfråga flera leverantörer.

Upphandlingsutredningens förslag:

Upphandlande myndigheter och enheter ska vid behov anta riktlinjer för genomförande av direktupphandlingar.

Riktlinjer

Vid direktupphandlingar, liksom vid övriga upphandlingar, ska en primär strävan vara att konkurrensen tas till vara. Som utredningen redogör för i avsnittet om strategisk upphandling är det viktigt att upphandlande myndigheter och enheter noga har tänkt igenom hur de genomför sina upphandlingar. Även direktupphandlingar bör ingå som en del i strategiarbetet.

Utredningen ska särskilt verka för att öka medverkan från små och medelstora företag i offentliga upphandlingar. Remissinstanserna är emellertid inte överens om hur sådana företags möjligheter påverkas av en höjning av gränsen för direktupphandling. Inträdeshindret för de små företagen vid förenklad upphandling och urvalsupphandling består av byråkratin och transaktionskostnaderna som är förenade med att tillämpa de mer reglerade förfarandena. Det potentiella inträdeshindret för de små företagens deltagande i direktupphandlingar består i att företagen inte får vetskap om upphandlingarna. Eftersom direktupphandlingar är ett formfritt förfarande är det dock möjligt att på olika sätt ta till vara konkurrensen och att särskilt beakta småföretagarnas perspektiv.

Tidigare innehöll LOU och LUF bestämmelser med innebörd att upphandlande myndigheter och enheter vid behov skulle ha antagit särskilda riktlinjer för direktupphandling. Bestämmelserna togs emellertid bort då de fasta beloppsgränserna infördes.¹¹⁰ Flera remissinstanser har påpekat att det är vanligt förekommande att upphandlande myndigheter och enheter har riktlinjer för hur direktupphandlingar ska genomföras.¹¹¹ Utredningen finner att goda skäl talar för att återinföra bestämmelsen om riktlinjer. Antagna riktlinjer kan t.ex. utgöra grund för revision av direktupphandlingarnas genomförande. Vidare kan företagen kräva av politikerna att den upphandlande myndigheten eller enheten följer de antagna riktlinjerna.

Upphandlingsstödande åtgärder kan, förutom att visa på betydelsen av att tillfråga fler än en leverantör, bestå av att upplysa om hur en lämplig strategi för direktupphandlingar kan utformas. En sådan strategi kan t.ex. också innehålla hur myndigheten säkerställer att direktupphandling varit det korrekta förfarandet, att direktupphandlingen görs på rätt sätt, vem som har behörighet att göra en direktupphandling, lyfta jävsfrågor och korrupcion m.m. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har i sin vägledning om direktupphandling ett avsnitt om betydelsen av interna riktlinjer och ger exempel på vad de kan innehålla.¹¹²

Tillvaratagande av konkurrensen

För att upphandlande myndigheter och enheter ska göra goda affärer även vid direktupphandlingar behöver någon form av konkurrensutsättning ske. Det finns såväl omfattande teoretiskt som empiriskt stöd för att konkurrensutsättning leder till besparingar.

Den viktigaste åtgärden för att ta tillvara konkurrensen även i samband med en direktupphandling är att tillfråga fler än en leverantör inför ett köp. Konkurrensen kan tas till vara på olika sätt. Upphandlande myndigheter och enheter kan t.ex. publicera annonser om kommande direktupphandlingar på myndighetens hemsida eller i en allmänt tillgänglig databas för att locka företag att lämna anbud. Det finns redan en del goda exempel på myndig-

¹¹⁰ Prop. 2009/10:180, s. 292.

¹¹¹ Se t.ex. Braic m.fl. *Strategisk offentlig upphandling*, Stockholm 2012, s. 80 f.

¹¹² Kammarkollegiet, *Direktupphandling, Vägledning*, 2011:6.

heter som utnyttjar sådana möjligheter.¹¹³ Utredningen avstår dock ifrån förorda att det ska föras in en annonseringsskyldighet i upphandlingslagarna för denna typ av upphandlingar. Däremot är det rimligt att förvänta sig att ett sådant tillvägagångssätt blir en naturlig del av myndigheternas upphandlingsstrategier.

Upphandlingsstödjande åtgärder kan hjälpa till att åskådliggöra vikten av att konkurrensutsätta även direktupphandlingar. Sådana åtgärder bör bestå av konkreta råd och tips om hur upphandlande myndigheter och enheter kan gå till väga för att ta tillvara konkurrensen på marknaden i syfte att göra goda affärer. Vad utredningen erfar finns det också en hel del elektroniska verktyg som underlättar konkurrensutsättningen av direktupphandlingar och nya verktyg utvecklas löpande. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har visserligen publicerat en vägledning om direktupphandling som bl.a. innehåller råd om hur konkurrensen kan beaktas.¹¹⁴ Ett samordnat upphandlingsstöd med en bredare ansats, omfattande även ekonomiska spørsmål, skulle ytterligare kunna visa på behovet av att ta tillvara konkurrensen genom att bl.a. lyfta ekonomisk forskning på området.¹¹⁵

Andra möjliga åtgärder

Utredningen har även övervägt att införa en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att publicera resultatet av sina direktupphandlingar på en webbsida eller genom en efterannons. Sådana åtgärder skulle kunna inverka positivt på konkurrensen vid nästkommande upphandling. I dagsläget finns ingen skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att efterannonsera upphandlingar under EU:s tröskelvärden men det finns heller inget som hindrar en kommun från att publicera vinnaren av en direktupphandling eller upphandlingar som genomförts enligt andra förfaranden på exempelvis kommunens egen webbsida.

En skyldighet att efterannonsera direktupphandlingar skulle ställa krav på att det tas fram en standard för sådana annonser, att upphandlingssystemen stödjer standarden samt att myndigheterna och

¹¹³ Exempelvis Ronneby, Sandviken och Kristianstads kommuner annonserar direktupphandlingar på sina hemsidor. Enligt Visma Opic AB annonseras cirka 50–70 direktupphandlingar per år i deras annonsdatabas.

¹¹⁴ Kammarkollegiet, *Direktupphandling*, vägledning 2011:6.

¹¹⁵ Se betänkandet SOU 2012:32 *Upphandlingsstödet framtid*, där det föreslås att det statliga upphandlingsstödet ska utvidgas och flyttas till en egen myndighet.

enheterna har rutiner som omfattar efterannonsering.¹¹⁶ Utredningen gör bedömningen att fördelarna med efterannonsering av direktupphandlingar inte är tillräckliga för att motivera ett sådant arbete. Utredningen föreslår istället att det införs en dokumentationsplikt för upphandlingar som överstiger ett värde om 100 000 kronor för att ytterligare uppmärksamma vikten av att konkurrensutsätta direktupphandlingar, se vidare nedan. Det finns redan i dag krav på att upphandlingar ska dokumenteras vilket innebär att en dokumentationsplikt – till skillnad från efterannonsering – inte utgör ett nytt arbetsmoment.

4.3.8 En beloppsgräns eller flera

Utredningens förslag:

I LOU respektive LUF införs olika direktupphandlingsgränser, en för varor och tjänster samt en annan högre gräns för byggentreprenader.

Utredningen har i det föregående redovisat skälen till varför gränserna för direktupphandling bör höjas. En föreslagen höjning kan genomföras på olika sätt. De alternativ som utredningen övervägt är följande.

1. Införa en beloppsgräns som gäller när en upphandling ska annonseras och en annan, högre, beloppsgräns där rättsmedel och övriga administrativa krav¹¹⁷ börjar gälla.
2. Beloppsgränsen i LOU höjs till den gräns som finns i LUF.
3. Införa olika beloppsgränser för upphandling av varor/tjänster respektive byggentreprenader.
4. Beloppsgränserna höjs i både LOU och LUF.

Enligt det första alternativet skulle en beloppsgräns gälla när upphandlingar måste annonseras, t.ex. 100 000 kronor, och en annan högre gräns gälla, t.ex. 600 000 kronor, för när en upphandling kan bli föremål för överprövning. Fördelarna med en sådan ordning är att presumtiva leverantörer får kännedom om upphandlande myndig-

¹¹⁶ Se Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – statistik om upphandlingar som genomförts under 2011*, Rapport 2012:6, s. 57.

¹¹⁷ Här avses t.ex. bestämmelserna om tilldelningsbeslut och tidsfrister.

heters och enheters behov även för mindre omfattande upphandlingar. Trots annonseringen skulle upphandlingarna, enligt detta alternativ, inte heller riskera att bli stoppade av en överprövningsprocess. Annonseringen skulle däremot leda till längre ledtider för de upphandlande myndigheterna och enheterna. I Finland övervägdes en sådan ordning men den förkastades av effektivitets- och tydlighetsskäl. Utredningen förordar inte heller detta alternativ. Olika gränser för annonsering och rättsmedel skulle nämligen inte leda till ett flexiblere regelverk. Tvärtom.

Det andra alternativet, dvs. att höja gränsen i LOU till motsvarande gräns i LUF, kommer inte vidare att övervägas. Skälet är att försörjningssektorerna redan i dag omfattas av ett mer flexibelt regelverk, bl.a. genom högre tröskelvärden och att förhandling som huvudregel är tillåten. De upphandlande enheter som ska tillämpa LUF kan vara statliga och kommunala myndigheter eller bolag samt privata bolag med särskild ensamrätt inom någon av sektorerna. Det finns således bolag som ska tillämpa aktiebolagslagen, dvs. som har ett vinstintresse som ska tillämpa LUF. Våra nordiska grannländer saknar helt fastställda beloppsgränser för direktupphandling inom försörjningssektorerna. De har nämligen inga bestämmelser som motsvarar 15 kap. LUF. Utredningen bedömer av dessa skäl att skillnaden mellan LOU och LUF även i fortsättningsvis bör råda i lagstiftningen. Det innebär att om gränsen för direktupphandling höjs i LOU bör även gränsen höjas i LUF.

Vad som talar för differentierade beloppsgränser för olika typer av kontrakt är att det föreligger skillnader mellan att upphandla komplicerade tjänster jämfört med t.ex. stapelvaror. Det finns indikationer på att transaktionskostnaderna varierar mellan olika upphandlingsföremål. I vart fall skiljer sig konkurrensgraden åt mellan olika marknader. När den samhällsekonomiskt optimala gränsen ska tas fram innebär det att transaktionskostnaderna ställs mot konkurrensgraden. Låga transaktionskostnader och låg konkurrensgrad innebär att den optimala beloppsgränsen ligger på en relativt låg nivå, medan höga transaktionskostnader och hög konkurrensgrad innebär en högre gräns. För komplicerade tjänster finns det indikationer på att transaktionskostnaderna kan vara högre, det visar t.ex. den norska analysen. I den analysen kom man samtidigt fram till att konkurrensgraden var högre för tjänster och att det optimala gränsvärdet för varor och tjänster därmed uppgick till samma belopp. Analysen av transaktionskostnaderna som utredningen låtit ta fram visar emellertid inte att det skulle föreligga

några större skillnader tidsmässigt mellan att upphandla t.ex. datorer eller lokalvårdstjänster. Enkäten som analysen bygger på saknade dock frågor om upphandling av varor andra än datorer och livsmedel. Inte heller ingick frågor om byggtreprenader.¹¹⁸

Arbetet inför delbetänkandet och remissvaren visar att det finns önskemål om en högre gräns för byggtreprenader. En sådan ordning gäller bl.a. i Finland och Danmark. Vad som kan tala mot en högre gräns för byggtreprenader är de problem med utveckling och konkurrens som råder på denna marknad.¹¹⁹ Dessutom skulle differentierade gränser möjligen signalera att lagstiftaren anser att området med en högre gräns är av mindre betydelse än andra områden. Differentierade gränser kan också anses bidra till ett mer komplext regelverk även om detta problem är av marginell karaktär.

I underlaget till den norska analysen presenteras den genomsnittliga timanvändningen för upphandling av byggtreprenader uppdelat på upphandlingar över respektive under 1,1 miljoner norska kronor. För den första gruppen användes i genomsnitt nästan 100 timmar i genomsnitt vilket kan jämföras med cirka 25 timmar för upphandlingar under det angivna beloppet. Det här pekar på att det skulle vara samhällsekonomiskt lönsamt att höja gränsbeloppet för byggtreprenader. Konkurrensutsättning kan som bekant göras utan att använda LOU eller LUF. Som flera av remissinstanserna påpekat kan en höjning av gränserna för direktupphandling leda till att resurser frigörs till upphandlingar som omfattar större värden. En högre gräns för byggtreprenader skulle därmed mycket väl kunna leda till positiva effekter på konkurrensen och utvecklingen på marknaden. Mer resurser till upphandlingar avseende stora kontraktvärden ökar förutsättningarna för genomförande av goda affärer, möjligen också till att fler innovativa lösningar kan komma fram.

Utredningen finner inte att en högre gräns för byggtreprenader skulle leda till någon särskild gränsdragningsproblematik. Det finns förarbetsuttalanden, praxis och doktrin att luta sig emot för att avgöra om en upphandling avser en byggtreprenad eller

¹¹⁸ Enkäten innehöll särskilda frågor avseende upphandling av lokalvård, datorer, intellektuella tjänster, fastighetsskötsel, avfall och livsmedel, se SOU 2011:73, bilaga 6, s. 398.

¹¹⁹ Se exempelvis SOU 2012:39 *Vägar till förbättrad produktivitet och innovationsgrad i anläggningsbranschen* och Statskontorets tidigare nämnda rapport 2012:20.

inköp av t.ex. en tjänst.¹²⁰ Byggentreprenader har också en högre gräns i EU:s upphandlingsdirektiv. Sammanfattningsvis anser utredningen att det finns stöd för införandet en högre gräns för direktupphandling av byggentreprenader.

4.3.9 Var bör gränserna ligga?

Upphandlingsutredningens förslag:

Gränserna för direktupphandling höjs till följande nivåer:

- 600 000 kronor för varor och tjänster som omfattas av LOU,
- 1 200 000 kronor för byggentreprenader som omfattas av LOU,
- 1 000 000 kronor för varor och tjänster som omfattas av LUF, samt
- 1 600 000 kronor för byggentreprenader som omfattas av LUF.

Som utgångspunkt för ett förslag om var beloppsgränserna bör ligga har utredningen lagt professor Holms analys, den norska utvärderingsrapporten samt de gränser som Finland, Danmark och Norge har i sina respektive upphandlingslagar. Utredningen har därvid funnit goda skäl för att införa direktupphandlingsgränser som ligger nära de nivåer som gäller i våra nordiska grannländer.

Utredningen har tidigare redogjort för uppfattningen att skillnaden mellan LOU och LUF bör bestå. I valet av beloppsgräns för upphandlingar som omfattas av LUF har utredningen utgått från de tröskelvärden som är angivna i upphandlingsdirektiven, den nu gällande gränsen för direktupphandling samt förslagen till nya beloppsgränser för LOU.

När de fasta beloppsgränserna för direktupphandling infördes i Sverige kopplades dessa, genom en hänvisning, till EU:s tröskelvärden. Skälet var att gränserna för direktupphandling skulle komma att ändras samtidigt som EU:s tröskelvärden, dvs. vartannat år.¹²¹ Det fanns en önskan att knyta gränsbeloppen till ett index och

¹²⁰ I förslagen till nya upphandlingsdirektiv har definitionen av vad som utgör ett byggentreprenadkontrakt endast förändrats något språkligt, se artikel 2.8 och 2.9 i respektive direktivförslag.

¹²¹ Prop. 2009/10:180, s. 291.

anknytningen till EU:s tröskelvärden ansågs mer naturlig än att knyta gränsen till prisbasbeloppet enligt lagen om allmän försäkring.¹²²

Utredningen föreslår i det följande en annan lagteknisk lösning. I stället för en beloppsgräns som löpande ändras förordas ett fast belopp. Detta bör vara mer i linje med de förenklingsambitioner som regeringen har och som också förespråkas av många remissinstanser.¹²³ Inte minst de små och medelstora företagen tjänar på tydliga regler. Det är lättare att komma ihåg ett fastställt belopp än att gå omvägen via ett procenttal, som relaterar till ett tröskelvärde i EU:s lagstiftning som därtill förändras över tid. I Norge, liksom i Finland, anges gränserna för direktupphandling direkt i lag eller föreskrift utan hänvisning till EU:s tröskelvärden. De beloppsgränser som utredningen föreslår saknar också direkt koppling till direktivens tröskelvärden utan bygger huvudsakligen på ekonomiska överväganden. Det är inte på något sätt självklart att gränserna för direktupphandling bör ändras samtidigt som direktivens tröskelvärden höjs eller sänks. Utredningen föreslår också att gränserna utvärderas när de varit i kraft i tre år.

4.3.10 Dokumentationsplikt

Upphandlingsutredningens förslag:

Direktupphandlingar som överstiger 100 000 kronor ska omfattas av en dokumentationsplikt vilken innebär att alla väsentliga omständigheter ska antecknas i särskild ordning.

Utredningen förespråkar införandet av en dokumentationsplikt av direktupphandlingar liknande den som Norge infört. Med en sådan skyldighet finns flera fördelar. Dels blir den upphandlande myndigheten eller enheten uppmärksam på vilka steg och åtgärder som ska vidtas – en sådan är t.ex. hur många leverantörer som tillfrågas – och dels finns det möjlighet att i efterhand följa hur upphandlingen gått till. Det innebär att dokumentationen kan hjälpa de upphandlande myndigheterna eller enheterna att skaffa sig en överblick över sina direktupphandlingar.¹²⁴

¹²² SOU 2006:28, s. 248.

¹²³ Se remissammanställningen i bilaga 5 samt Regeringens skr. 2009/10:226.

¹²⁴ Riksrevisionen har i sin årliga rapport 2012 påpekat att det allvarliga i att myndigheterna inte följer upp om gränsen för direktupphandling överträds.

Den handling som blir resultatet av dokumentationsplikten kan bilda ett bra underlag för den uppföljning och utvärdering av upphandlingsverksamheten som myndigheten bör genomföra.¹²⁵ Vidare kan dokumentationen användas till att göra utvärderingar, också på central nivå, av exempelvis Riksrevisionen eller tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, dvs. Konkurrensverket. Dessutom kan dokumentationsplikten ha en allmänt preventiv effekt eftersom leverantörer, allmänheten och media kan begära ut dokumenten och i efterhand undersöka om en upphandling genomförts i enlighet med regelverket. Erfarenheterna från Norge visar att den införda ”protokollplikten” haft en disciplinerande verkan på hur upphandlande myndigheter hanterar inköp under direktupphandlingsgränsen.¹²⁶

Skyldigheten att dokumentera uppgifter bör införas och avse direktupphandlingar som omfattar värden överstigande 100 000 kronor i både LOU och LUF. Någon sanktion mot underlåtenhet att dokumentera uppgifter bör inte införas. Utredningen föreslår i stället att dokumentationsplikten utvärderas efter tre år dvs. samtidigt som gränserna för direktupphandling utvärderas, se nedan. I utvärderingen kan också ingå en bedömning av eventuellt behov av sanktioner.

Redan i dag har upphandlande myndigheter och enheter en skyldighet att diarieföra avtal och andra underlag.¹²⁷ Det innebär att kravet på att dokumentera direktupphandlingar endast i ringa omfattning ökar den administrativa bördan. Dokumentationsplikten bör införas för samtliga upphandlande myndigheter och enheter och således både för upphandlingar som genomförs enligt LOU och LUF.

Följande uppgifter bör anges i protokollet:

- Den upphandlande myndighetens/enhetens namn och organisationsnummer
- Föremålet för direktupphandlingen
- Hur konkurrensen togs till vara¹²⁸,

¹²⁵ Se vidare kapitel 10 och avsnitt 3.4.

¹²⁶ Asplan Viak AS, *Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen*, 2008-06-24, s. 79.

¹²⁷ Diarieföringen styrs bl.a. av 10 § förvaltningslagen (1986:223), FL och 4 kap. offentlighets- och sekretesslagen, OSL (2009:400).

¹²⁸ T.ex. om direktupphandlingen annonserades eller om den offentliggjordes på myndighetens eller enhetens hemsida.

- Vilka leverantörer som tillfrågades eller hur många som lämnade anbud,
- Vem som fick kontraktet, inklusive organisationsnummer, och det viktigaste skälet till beslutet,
- Avtalets (uppskattade) värde
- Tidpunkt för kontraktets genomförande alternativt kontraktets löptid.

Ovanstående ska ses som en miniminivå och inget hindrar att upphandlande myndigheter eller enheter dokumenterar fler uppgifter.

4.3.11 Finns det behov av att ta fram särskilda definitioner av begrepp kopplade till direktupphandlingar?

Upphandlingsutredningens bedömning:

Det saknas skäl för att ta fram särskilda definitioner av begrepp kopplade till direktupphandlingar. Det saknas vidare anledning att ta fram särskilda modeller för beräkning av kontraktsvärdet som uteslutande ska tillämpas vid direktupphandlingar.

Av remissvaren framgår att det finns önskemål om att få till stånd en definition av begreppet ”direktupphandling av samma slag” och kopplat till detta, begreppet ”upphandlande myndighet”.

Det råder uppenbart osäkerhet hur dessa två begrepp ska tolkas vid en beräkning av det sammanlagda värdet av ett kontrakt och därmed avgörandet om direktupphandling är tillåten eller inte. Under arbetet med utredningens enkät framkom att vissa upphandlande myndigheters organisering inte medger att man på ett enkelt sätt skaffar sig en uppfattning om myndighetens eller enhetens samlade upphandlingar och inköp. Det innebär att dessa myndigheter bl.a. inte vet hur många, eller vilka, direktupphandlingar som genomförs och att de därmed har svårigheter att summera sina direktupphandlingar. Svårigheterna avseende beräkningen av kontraktsvärdet kan således också bestå i hur den upphandlande myndigheten är organiserad och inte i reglernas utformning. Inom den upphandlande myndigheten eller enheten måste det enligt utredningens uppfattning finnas möjligheter och resurser att skaffa sig

kontroll över genomförda upphandlingar och kommande behov.¹²⁹ Det är egentligen inte mer invecklat än att upphandlande myndigheter och enheter måste ha kontroll på exempelvis bokföring och mervärdesskatt.

Samtidigt förhåller det sig så att det i en organisation, eller juridisk person, kan finnas flera separata upphandlande myndigheter. Som exempel kan nämnas att varje statlig myndighet, eller verk, anses vara en upphandlande myndighet trots att de alla ingår i den juridiska personen staten. De har tilldelats medel i en budget och de kan vara part i ett avtal.¹³⁰ Förslagen till nya upphandlingsdirektiv innehåller förtydliganden på denna punkt. Oavsett hur en myndighet är organiserad finns således skäl att hålla samman upphandlingarna.

När det kommer till bedömningen av vad som utgör direktupphandling av samma slag, på så sätt att de ska räknas samman, har utredningen tidigare redogjort för vilka regler som gäller. Kort uttryckt innebär bestämmelserna att värdet av ett kontrakt är det samma som det totala belopp – exklusive mervärdesskatt – som ska betalas enligt kontraktet. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har i sin vägledning om direktupphandling bl.a. angett hur bedömningen kan göras. Här anges bl.a. att upphandlingar av varor och tjänster som typiskt sett tillhandahålls av en och samma leverantör bör räknas samman. Bedömningen bör enligt dokumentet utgå från hur marknaden ser ut och vidare grundas på att direktupphandling är det mest effektiva sättet i det enskilda fallet.¹³¹

Variationen av upphandlingsföremål och hur olika typer av upphandlande myndigheter och enheter är organiserade är mycket stor. Enligt utredningens bedömning skulle det leda till problem om Sverige utvecklade en egen tolkning för vad som utgör en upphandlande myndighet eller enhet endast för direktupphandlingar. Det saknas således skäl att utveckla en särskild metod eller beräkningsmodell för begrepp hänförliga endast till direktupphandlingar eftersom stöd och ledning kan hämtas i de direktivstyrda delarna av LOU och LUF. Vad utredningen kan göra är att beskriva gällande regler, redovisa vilka beräkningsprinciper som finns samt redogöra

¹²⁹ Se vidare avsnitt 3.3 där redovisas vikten av en fungerande styrning på lokal nivå.

¹³⁰ Upphandlingsutredningen har tilldelats en budget att förfoga över och utredaren kan sluta avtal för utredningens räkning. En annan fråga är när *upphandlingskyldighet* inträder, dvs. kan en upphandlande myndighet vara skyldig att tillämpa LOU respektive LUF när anskaffning sker från ett företag eller organisation som de helt eller delvis äger eller är medlemmar i, se 2 kap. 10 a § LOU. Bestämmelsen bygger på EU-domstolens avgörande i bl.a. C-107/98 Teckal.

¹³¹ Kammarkollegiet, *Direktupphandling – Vägledning*, 2011:6.

för möjliga förändringar som kan komma i anledning av direktivförslagen.¹³²

Utredningens bedömning är att den föreslagna dokumentationsplikten tillsammans med antagandet av riktlinjer för direktupphandling kommer att vara ett hjälpmedel för upphandlande myndigheter och enheter att skaffa sig sådan kontroll över sina direktupphandlingar att beräkningsproblemet kommer att minska. En översyn över vilka personer som får köpa in varor och tjänster för den upphandlande myndighetens eller enhetens räkning är en del i arbetet med att skaffa överblick över inköp och upphandlingar. Naturligtvis är även olika elektroniska lösningar, såsom upphandlingssystem och ekonomisystem också verksamma hjälpmedel. De nya upphandlingsdirektiven innehåller som nämnts också några klargöranden som kan användas till stöd för beräkningen av kontraktets värde.

Direktivförslagen och kontraktsvärdeberäkningen

Förslaget till nytt direktiv gällande den klassiska sektorn innehåller bl.a. förtydliganden beträffande vad som utgör en upphandlande myndighet.¹³³ Här anges att om en upphandlande myndighet består av separata operativa enheter som självständigt ansvarar för sina upphandlingar, eller viss del eller kategorier av upphandlingarna, kan varje enskild sådan enhet utgöra en upphandlande myndighet i förslaget mening. Avgörande för om en enhet, ett verksamhetsområde eller en avdelning har ett sådant självständigt ansvar ska göras utifrån en helhetsbedömning som ska utgå från följande förhållanden:

- Om ansvaret för upphandlingarna har delegerats till enheten på så sätt att enheten självständigt kan genomföra offentliga upphandlingar – inklusive fått ansvar att fatta beslut om att påbörja en upphandling – utan att involvera någon annan del av den upphandlande myndigheten.

¹³² I den tidigare nämnda vägledningen om direktupphandlingar som Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet tagit fram finns också stöd och hjälp för hur beräkningen av kontraktets värde ska gå till.

¹³³ Artikel 5.1 a) i det klassiska direktivförslaget. I nu gällande direktiv hittas bestämmelserna om beräkning av det uppskattade värdet i artikel 9.

- Om delegeringen av ansvaret innebär att enheten har en egen budget, eller en separat budgetpost som omfattar de aktuella upphandlingarna.
- Om enheten har behörighet att ingå kontrakt och om finansieringen sker över en budget som enheten förfogar över.
- Om upphandlingen syftar till att tillgodose enhetens eget behov, om den avser flera andra enheter inom den upphandlande myndigheten eller den upphandlande myndigheten som helhet.
- Om den upphandlande myndigheten som helhet – trots delegeringen av ansvaret till enheten – fortfarande avser att använda sin samlade ställning som stor köpare för att få mer förmånliga villkor.

Utredningen välkomnar att direktiven förtydligas på denna punkt och bedömer att bestämmelserna kan vara ett bra stöd för att komma fram till om en enhet är en egen upphandlande myndighet i upphandlingsreglernas mening.

I skälen till det klassiska direktivförslaget anges vidare att sådana produkter är likartade om en ekonomisk aktör, verksam inom den berörda marknaden, sannolikt har produkterna som en del av sitt normala sortiment.¹³⁴ Vidare anges att med likartade varor ska förstås produkter som är avsedda för identiska eller liknade användningsområden. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiets tolkning av vad som utgör direktupphandling av samma slag och vad som utgör en upphandlande myndighet har således stöd i förslaget.

4.3.12 Ytterligare utredningar som bör genomföras när de nya upphandlingsdirektiven genomförs

Utredningens bedömning:

När de kommande upphandlingsdirektiven genomförs bör bestämmelserna om de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF ses över. Vidare bör man överväga att ta tillvara det nationella handlingsutrymme, som följer av direktivförslagets särskilda reglering av sociala tjänster, i syfte att tillgodose enskildas särskilda behov av vissa sociala tjänster.

¹³⁴ Skäl 9 a i det klassiska direktivförslaget.

De grundläggande principerna och direktupphandling

Tidigare i detta avsnitt har det redogjorts för att de grundläggande principerna – om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet – i enlighet med EU-rätten är avgränsade till att omfatta offentliga upphandlingar vilka har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Den svenska lagstiftaren har dock valt att låta de grundläggande principerna gälla alla upphandlingar, utan hänsyn till värdet av upphandlingen och oavsett om det finns ett sådant gränsöverskridande intresse eller inte. Sverige har således valt att gå längre än vad EU-rätten kräver. Direktupphandling är ett formfritt förfarande vilket innebär att t.ex. likabehandlings- och öppenhetsprinciperna i realiteten inte kan beaktas på samma sätt som upphandlingar vilka omfattas av förfarandebestämmelserna i LOU eller LUF. Direktupphandlingar behöver inte annonseras och de kan heller inte bli föremål för överprövning. Enligt utredningens bedömning finns det således skäl att inför genomförandet av de kommande upphandlingsdirektiven se över bestämmelserna om de grundläggande principerna i LOU och LUF och dess tillämpning på bl.a. direktupphandlingar av lågt värde.

Förslagen till nya upphandlingsdirektiv – nytt tröskelvärde för bl.a. vissa sociala tjänster

I förslagen till nya upphandlingsdirektiv anges att vissa kategorier av tjänster på grund av sin natur har en begränsad gränsöverskridande dimension. Som exempel nämns vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster.¹³⁵ I skälen till direktivförslagen anges att annat kan gälla om det finns konkreta indikationer på motsatsen, t.ex. ett projekt som är gränsöverskridande och finansieras av unionen. Enligt det klassiska direktivförslaget ska medlemsstaterna införa särskilda procedurregler för upphandling av nämnda tjänster som överstiger ett värde av 750 000 euro. I förslaget till reviderat försörjningsdirektiv uppgår värdet till 1 000 000 euro.¹³⁶ Det anges inte närmare hur förfarandena ska regleras, utan medlemsstaternas handlingsutrymme är relativt omfattande. De bestämmelser som införs ska dock säkerställa att de

¹³⁵ Artiklarna 74-76 och skäl 11 i det klassiska direktivförslaget. I gällande upphandlingsdirektiv kategoriseras flertalet av dessa tjänster som B-tjänster.

¹³⁶ Artiklarna 84-86 och skäl 17 a-c i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling, övriga grundläggande principer nämns däremot inte. Upphandlingarna ska annonseras, kommissionen ska enligt förslaget ta fram särskilda annonsstandarder för dessa tjänster. Det anges särskilt att medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna bl.a. kan garantera tjänsternas kvalitet, ta hänsyn till behovet av kontinuitet, tillgänglighet och särskilda behov hos olika kategorier av användare.¹³⁷ När detta skrevs pågick fortfarande förhandlingar om direktivens slutliga utformning, vilket gör att förslagen kan komma att ändras. Om förslagen blir verklighet innebär de att gränserna för direktupphandling för dessa angivna tjänster kan höjas till 750 000 respektive 1 000 000 euro.

Upphandlingsutredningen har inte haft tillräcklig tid att överväga om det är lämpligt att utnyttja de nationella handlingsutrymme som följer av direktivförslagen eller vilka typer av tjänster som borde vara föremål för en högre direktupphandlingsgräns än den som utredningen föreslår. Utredningen har inte heller utrett om det finns skäl att införa särskilda procedurregler för upphandlingar som överstiger de nämnda beloppen eller hur de skulle kunna vara utformade. Man kan tänka sig att dessa upphandlingar skulle följa reglerna i 15 kap. i respektive lag, men det finns också andra vägar att gå.

Utredningen bedömer dock att införandet av en högre beloppsgräns för vissa tjänster skulle kunna underlätta för organisationer som visat sig ha svårt att konkurrera om offentliga kontrakt men som samtidigt anses särskilt lämpade som utförare av vissa sociala tjänster, exempelvis på grund av att de åtnjuter ett särskilt förtroende från brukarna av tjänsterna. Som exempel på tjänster som skulle kunna omfattas av högre beloppsgränser kan vara stöd till våldsutsatta kvinnor och barn eller vård av tortyrskadade personer. Utredningen är dock medveten om att gränsdragningen mot andra verksamheter kommer att vara svår att dra och att det därmed finns risk för marknadsstörande effekter.

¹³⁷ Artikel 76.2 i det klassiska direktivförslaget har följande lydelse "Member States shall ensure that contracting authorities may take into account the need to ensure quality, continuity, accessibility, availability and comprehensiveness of the services, the specific needs of different categories of users, the involvement and empowerment of users and innovation. Member States may also provide that the choice of the service provider shall not be made solely on the basis of the price for the provision of the service".

Det återstår således en hel del frågor att besvara.¹³⁸ Utredningen överlämnar dessa bedömningar till de som ansvarar för att införa de framtida upphandlingsdirektiven.

4.3.13 Utvärdering

Upphandlingsutredningens förslag:

Gränserna för direktupphandling liksom dokumentationsplikten ska utvärderas när de varit i kraft i tre år.

Gränserna för direktupphandling och vilka effekter de lett till bör utvärderas när lagstiftningen varit i kraft i tre år. Detsamma bör gälla dokumentationsplikten. I utvärderingen ska ingå hur transaktionskostnaderna har påverkats hos olika typer av upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörerna. En sådan utvärdering ska även omfatta vilka effekter för konkurrensen de nya beloppsgränserna har lett till vid direktupphandling av olika typer av varor och tjänster och inte minst av byggentreprenader. Hur de nya beloppsgränserna specifikt har påverkat deltagandet av små och medelstora företag ska också ingå i utvärderingen. Dokumentationen som följer av den föreslagna dokumentationsplikten, som ska omfatta direktupphandlingar som överstiger 100 000 kronor, bör i sammanhanget kunna utgöra en god utgångspunkt. Dokumentationsplikten bör i sig också utvärderas. Enligt Upphandlingsutredningens bedömning är det tillräckligt att utvärdera direktupphandlingar överstigande 100 000 kronor.

4.4 Annonsering av upphandlingar

4.4.1 Inledning

En förutsättning för att det offentliga ska kunna göra goda affärer är att myndigheterna mottar bra och konkurrenskraftiga anbud. Detta kräver i sin tur att upphandlingarna görs synliga för presumtiva leverantörer: ju fler företag som ser de upphandlingar som annonseras desto större är chansen att många anbud lämnas in, vilket skärper konkurrensen. Upphandlingsdirektiven innehåller i

¹³⁸ Hänsyn måste t.ex. också tas till statsstödsreglerna, se vidare avsnitt 8.3.

detta syfte bestämmelser om när, var och hur upphandlande myndigheter och enheter ska annonsera sina upphandlingar.

De upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven, alltså upphandlingar som uppgår till värden som överstiger EU:s tröskelvärden och inte är B-tjänster¹³⁹, ska annonseras i kommissionens databas TED – Tenders Electronic Daily. Denna databas innehåller samtliga medlemsstaters upphandlingsannonser och är tillgänglig, utan kostnad, för alla leverantörer i alla medlemsstater. I databasen kan potentiella leverantörer bläddra, söka och sortera upphandlingsmeddelanden utifrån land, region, bransch med mera. Antalet svenska upphandlingar som årligen annonseras i TED uppgår till ungefär 5 000 stycken.

När det gäller de cirka 14 000 upphandlingar som omfattas av de svenska reglerna, dvs. upphandlingar under EU:s tröskelvärden och som avser B-tjänster, är situationen en annan.¹⁴⁰ I 15 kap. LOU och LUF ställs endast kravet att annonserna ska publiceras i en allmänt tillgänglig databas. Det innebär enligt förarbetena till lagen att annonseringssättet och databasen är så kända att effektiv konkurrens uppstår. De upphandlande myndigheterna och enheterna får själva välja i vilken databas annonsen ska publiceras. Denna ordning har gjort att det i Sverige utvecklats en privat marknad för annonsdatabasföretag, eller mer generellt informationsförmedlare, som, åtminstone delvis, lever på att tillhandahålla information om vilka upphandlingar som är på gång m.m. Det är således en informationsförmedling som sker i konkurrens mellan olika annonsdatabasföretag. Det kostar i regel ingenting för upphandlande myndigheter eller enheter att publicera sina annonser i dessa databaser. Det förekommer också att myndigheter publicerar ett meddelande om upphandling på sin egen webbplats eller i en tidning.

Det finns några företag på denna marknad som har ambitionen att vara heltäckande, dvs. deras affärsidé bygger på att databaserna ska innehålla alla upphandlingar som annonseras i Sverige – såväl upphandlingar över, som under tröskelvärdena. Andra företag är mer nischade och innehåller endast en viss del av upphandlingsannonserna. I princip kan man säga att det är möjligt för presumtiva leverantörer att kostnadsfritt söka bland annonserade upphandlingar i de olika annonsdatabaserna. Den stora mängd offent-

¹³⁹ B-tjänster är sådana som anses ha ett begränsat gränsöverskridande intresse, exempel är hälso- och sjukvård, undervisning och yrkesutbildning.

¹⁴⁰ Se delbetänkandet samt Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik om upphandlingar som genomförts under 2011*, Rapport 2012:6.

liga upphandlingar som annonseras varje månad, mellan 1 500–2 000 bara i Sverige, innebär emellertid att det snabbt blir oöverskådligt för en leverantör som endast är intresserad av upphandlingar inom en viss bransch. Därför erbjuder flertalet av annonsdatabasföretagen bevakningstjänster, dvs. en leverantör kan prenumerera på en tjänst som bevakar upphandlingar som är av specifikt intresse för företaget. Några av företagen erbjuder denna tjänst gratis medan andra tar betalt.

I ett europeiskt perspektiv är den svenska, i hög grad marknadsdrivna, annonseringslösningen unik. I stort sett samtliga av EU:s medlemsstater, inklusive våra nordiska grannländer, är det obligatoriskt att annonsera i en databas som särskilt pekas ut. Med jämna mellanrum framförs det också kritik mot den gällande svenska ordningen.¹⁴¹ Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har i en rapport från 2010 anfört att dagens system leder till att både upphandlare och anbudsgivare har svårt att få ett grepp över vilka annonser och annonsmöjligheter som finns.¹⁴² Myndigheten rekommenderade därför regeringen att införa en statligt finansierad nationell annonsdatabas.

Utredningen har bl.a. av tidsskäl valt att inte närmare undersöka publiceringen av valfrihetssystem i enlighet med LOV, valfrihetswebben. Lagstiftningen är också relativt ny och den myndighet, Kammarkollegiet, som har ansvaret för valfrihetswebben arbetar för närvarande med att utveckla den.

Utredningen har mot denna bakgrund valt att närmare analysera hur annonseringen av upphandlingar går till i Sverige. Resultatet av detta arbete redovisas längre fram i detta avsnitt. Avsnittet inleds med en redogörelse för hur reglerna om annonsering ser ut i dag och hur annonseringen går till. Här beskrivs också Sveannonsen, det förslag till utvidgad annonsering som är tänkt att underlätta införandet av elektronisk upphandling för upphandlingar under tröskelvärdena. Därefter beskrivs bakgrunden till den svenska lösningen med privata, konkurrerande annonsdatabasföretag och dagens marknadslösning. Här beskrivs också kortfattat hur det ser ut i några andra medlemsstater. Avsnittet avslutas med utredningens överväganden och förslag.

¹⁴¹ Se t.ex. debattartikel författad av advokat Helena Rosén Andersson, Lindahls Advokatbyrå, införd i Offentliga Affärer, oktober 2011.

¹⁴² Kammarkollegiet, *Framtida arkitektur för e-upphandling – Förstudie*, dnr 24.2-1811-11.

4.4.2 Vad säger nu gällande regelverk om annonsering?

Upphandlingar som omfattas av EU-direktiven

Enligt upphandlingsdirektiven ska upphandlande myndigheter som planerar att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt – eller ingå ett ramavtal som omfattas av direktivens tillämpningsområde – informera om detta genom ett meddelande om upphandling.¹⁴³ Meddelandena, hädanefter annonserna, ska publiceras i EU:s elektroniska annonsdatabas TED som kommissionen tillhandahåller. Vilka uppgifter som annonserna ska innehålla framgår av standardiserade formulär och varierar markant beroende på vilken typ av upphandlingsförfarande och annons det är fråga om.¹⁴⁴ Det finns i alla 19 olika formulär.¹⁴⁵

En upphandling kan annonseras på två sätt. Det kan ske genom ett meddelande om planerade upphandlingar, dvs. en förhandsannons, som en upphandlande myndighet respektive enhet publicerar om sitt samlade framtida behov eller genom en annons om en kommande specifik upphandling. En förhandsannons, som kan omfatta flera kontrakt, ska kompletteras med ett meddelande som omfattar den specifika upphandlingen. Den upphandlande myndigheten kan välja att avstå från förhandsannonseringen och enbart annonsera den enskilda upphandlingen.

Det är vidare obligatoriskt att publicera resultatet av upphandlingen, dvs. en efterannons. Sådan skyldighet föreligger också för B-tjänster som överstiger tröskelvärdena.¹⁴⁶

¹⁴³ Av artikel 35.2 i det klassiska direktivet och artikel 40.2 i försörjningsdirektivet framgår att ett tilldelningsbeslut ska föregås av ett meddelande om upphandling, dvs. en annons.

¹⁴⁴ Standardformulären finns på webbplatsen www.simap.europa.eu, formaten har fastställts i kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den 7 september 2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsproceduren i enlighet med upphandlingsdirektiven.

¹⁴⁵ Som exempel kan nämnas; förhandsmeddelande (kallas oftast för förhandsannons), meddelande om upphandling (annons), meddelande om projekttävling, kvalificeringssystem (endast inom försörjningssektorerna), meddelande om upphandlarprofil, meddelande om tilldelning av kontrakt (efterannons) m.fl.

¹⁴⁶ 15 kap. 21 § LOU respektive LUF, vilka bygger på artikel 35.4 i det klassiska direktivet och artikel 43.4 i direktivet gällande försörjningssektorerna. B-tjänster är t.ex. hälsovård och sjukvårdstjänster, hotell- och restaurangtjänster, juridiska tjänster och undervisningstjänster.

Upphandlingar som omfattas av nationella regler

Upphandlingar vars värden ligger under EU:s tröskelvärden, dvs. förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar enligt 15 kap. LOU respektive LUF, ska annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Det finns inga reglerade standardformulär för dessa annonser motsvarande dem som finns för upphandlingar över tröskelvärdena.

Upphandlingar som omfattas av reglerna i 15 kap. LOU eller LUF kan utföras genom ett förenklat förfarande, ett urvalsförfarande, en konkurrenspräglad dialog eller något av de förfarandena som gäller över tröskelvärdena.¹⁴⁷ När det förenklade förfarandet eller urvalsupphandling används ska upphandlingen publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Vid förenklat förfarande kan den upphandlande myndigheten också annonsera i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.¹⁴⁸ Det innebär att det kan vara möjligt att t.ex. annonsera i en papperstidning. När en upphandlande myndighet valt att använda förfaranden som gäller över tröskelvärdena eller konkurrenspräglad dialog ska reglerna som gäller annonsering över tröskelvärdena tillämpas.

Vid annonsering på förhand av en direktupphandling, så kallad förhandsinsyn, får annonsering endast ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Förhandsinsyn är en särskild typ av annons som är avsedd att användas för att förkorta tidsfristen för ansökan om ogiltigförklaring när en upphandlande myndighet är osäker på värdet av kontraktet.¹⁴⁹

En annons om en upphandling som omfattas av LOU och LUF men inte av upphandlingsdirektiven ska innehålla följande uppgifter:

- uppgift om föremålet för upphandlingen,
- kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten/enheten,
- hur anbud respektive anbudsansökan får lämnas, samt
- den dag då anbud eller ansökan om att få lämna anbud senast ska ha kommit in.

¹⁴⁷ Det förenklade förfarandet är absolut vanligast, urvalsupphandling tillämpas emellanåt. Övriga förfaranden tillämpas undantagsvis.

¹⁴⁸ 15 kap. 4 § LOU och LUF.

¹⁴⁹ 15 kap. 5 a § LOU respektive LUF. Motsvarande bestämmelser för direktivstyrda upphandlingar finns i 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF. Tidsfristen för att ansöka om ogiltigförklaring av ett avtal förkortas från sex månader från avtalets ingående till tio dagar från dagen för publicering av förhandsinsynsannonsen.

Vid förenklat förfarande ska annonsen också innehålla uppgift om hur länge anbudet är bindande för anbudsgivaren. En ansökningsinbjudan om ett urvalsförfarande får dessutom innehålla det antal leverantörer som myndigheten avser att bjuda in.¹⁵⁰ Det finns inga krav på att efterannonsera upphandlingar som genomförs enligt 15 kap. LOU och LUF.

Vad är en allmänt tillgänglig databas?

Med allmänt tillgänglig databas avses att annonseringssättet och databasen är så kända att en upphandlande myndighet eller enhet genom att annonsera i den uppnår effektiv konkurrens.¹⁵¹ Det ställs inga särskilda krav på annonsdatabasen eller på företaget som tillhandahåller den.

Effektiv konkurrens råder på en marknad där antalet säljare inte är alltför begränsat, där de produkter som erbjuds inte är alltför differentierade, där företagen inte handlar i samförstånd med varandra och där inga väsentliga hinder finns för nyetablering av företag.¹⁵² Av särskild vikt i upphandlingssammanhang är att säkerställa att annonsen når ut till relevanta leverantörer för att få in konkurrenskraftiga anbud.

Hur annonseras upphandlingar i dag och vilka tillhandahåller annonseringstjänster i Sverige?

Historik

Som nämndes inledningsvis har Sverige valt en egen lösning för annonsering av offentliga upphandlingar som skiljer sig från hur andra medlemsstater har organiserat annonseringen. I detta avsnitt beskrivs i korthet historiken kring lösningen.

När obligatorisk annonsering av upphandlingar i elektroniska databaser utreddes i Sverige 1999 diskuterades möjligheten att inrätta en statlig annonsdatabas.¹⁵³ Vid tidpunkten var det endast

¹⁵⁰ Hur många leverantörer som ska bjudas in ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås, 15 kap. 4 § LOU respektive LUF.

¹⁵¹ Prop. 2006/07:128 s. 430.

¹⁵² Se t.ex. Konkurrensverkets webbplats www.kkv.se/t/page___680.aspx#e

¹⁵³ Upphandlingskommitténs delbetänkande, *Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt*, SOU 1999:139, s. 298 f.

obligatoriskt att annonsera upphandlingar som överskred EU:s tröskelvärden. Enligt Upphandlingskommittén var det inte lämpligt att anslagsfinansiera en elektronisk annonsdatabas eftersom det redan fanns en mängd privata aktörer som erbjöd tjänsterna. Kommittén ansåg att det fick vara upp till marknadskrafterna att utveckla attraktiva system för de upphandlande enheterna och leverantörerna. Kommittén föreslog emellertid att de elektroniska databaserna skulle godkännas av tillsynsmyndigheten. Kommittén föreslog vidare att både urvalsupphandlingar och förenklade upphandlingar skulle föregås av en obligatorisk annonsering i elektroniska databaser.

Regeringen fann inte att det förelåg ett tillräckligt stort behov av att införa ett krav på godkännande av databaserna. De upphandlande myndigheterna bedömdes ha tillräckliga incitament att välja databaser som hade stor räckvidd för att få så många anbud som möjligt.¹⁵⁴ Det ansågs också svårt att fastställa objektiva kriterier för godkännande av databaserna. Regeringen föreslog samtidigt att krav, i princip, skulle införas på obligatorisk annonsering vid förenklad upphandling och urvalsupphandling i elektroniska och allmänt tillgängliga databaser. Förenklade upphandlingar kunde dock annonseras på annat sätt om det kunde leda till effektiv konkurrens.

Den utredning som föregick införandet av nuvarande LOU och LUF, Upphandlingsutredningen 2004, övervägde att låta de upphandlande myndigheterna själva avgöra hur en aktuell upphandling ska offentliggöras, t.ex. på sin egen hemsida.¹⁵⁵ Utredningen konstaterade att de befintliga databaserna tog ut en avgift av leverantörerna för att sortera annonserna på ett sätt som underlättade möjligheten att ta del av dem. En väsentlig förenkling skulle, enligt Upphandlingsutredningen 2004 kunna uppnås om det vore möjligt att utforma annonserna på ett enhetligt sätt. Enligt utredningens bedömning kunde ett sådant resultat emellertid inte åstadkommas genom lagstiftning, utan snarare genom insatser på myndighets- eller organisationsnivå.

Då lagen om valfrihetssystem, LOV, infördes gjordes en annan bedömning. En särskild webbplats, tillhandahållen av Kammarkollegiet, inrättades för löpande annonsering av sådana system.¹⁵⁶ Skälen som anfördes för inrättandet av denna webbplats var att den skulle förenkla för företagen eftersom annonserna finns samlade på

¹⁵⁴ Prop. 1999/2000:128, s. 25.

¹⁵⁵ SOU 2006:28, s. 254.

¹⁵⁶ 3 kap. 1 § LOV.

ett ställe och att de enkelt och kostnadsfritt skulle kunna ta del av dem. Vidare anfördes att upphandlande myndigheter på ett enkelt sätt skulle kunna ta del av varandras erfarenheter och att allmänheten, dvs. brukarna också skulle kunna ta del av de kravprofiler som tagits fram och därmed aktivt bevaka sina medborgerliga intressen.¹⁵⁷ Majoriteten av remissinstanserna var positivt inställda till införandet av en statlig nationell webbplats för LOV-system. Valfrihetswebben har sedermera varit föremål för en hel del kritik och den har utvärderats ett flertal gånger.¹⁵⁸ Kritiken har bl.a. rört att webbplatsen inte innehåller samtliga valfrihetssystem (landstingen annonserar i lägre grad än vad kommunerna gör) och att presumtiva leverantörer inte hittar till den.

Vilka företag tillhandahåller annonsdatabaser i dag?

Utredningen har på olika sätt undersökt marknaden för annonsering av upphandlingar. Ett antal möten har ägt rum varvid utredningen träffat representanter för flera av de företag, som har plattformar och databaser i vilka upphandlingsannonser publiceras. Syftet med mötena har varit att undersöka möjligheterna att samla in upphandlingsstatistik och få en förståelse för hur olika elektroniska system – som t.ex. e-upphandlingssystem, e-handel och ekonomisystem – fungerar. Frågan rörande hur och var upphandlingsannonser bör offentliggöras har varit uppe till diskussion vid samtliga möten. Olika, och delvis motstridiga, åsikter har förts fram om tillgängligheten till annonserna och huruvida staten bör inrätta en annonsplattform. Under samtalen har förslag framförts att staten bör godkänna annonsdatabaserna, t.ex. genom att ställa krav på täckning, tillgänglighet, standardiserade format och informationslämning för statistikändamål. Liknande synpunkter har också framförts till Upphandlingsstödet.¹⁵⁹ De skäl som angetts till stöd för en godkännandeordning har rört frågan att de som kvalitets-säkrat och ansvarar för publiceringen också bör anses ha ensamrätt att utnyttja annonserna för kommersiellt bruk.

¹⁵⁷ Prop. 2008/09:29, s. 67.

¹⁵⁸ Kammarkollegiet, *Rapport till regeringen – Målgruppernas användning av valfrihetswebben*, 2010-08-27, Kammarkollegiet, *Rapport om målgruppernas användning av valfrihetswebben – och hur databasen utvecklats 2011*, Rapport 2012-01-20.

¹⁵⁹ Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiets rapport *Kartläggning av marknaden för elektroniska upphandlingssystem och annonsdatabaser*, 2010-10-01.

Utredningen har identifierat tre företag – Visma Opic AB, Mercell Svenska AB¹⁶⁰ och Licitio Sverige AB¹⁶¹, som har en uttalad ambition att tillhandahålla samtliga upphandlingsannonser. Dessa tre företag utbyter redan i dag annonser med varandra i syfte att vara heltäckande. Förutom dessa tre finns det företag som tillhandahåller upphandlingsannonser branschvis, t.ex. inom bygg- och anläggningsområdet, och andra som täcker en region eller en eller flera kommuner. Några företag letar aktivt upphandlingsannonser på andra företags webbsidor och speglar, kopierar eller länkar till dem. Det finns också företag som endast publicerar upphandlingsannonser som är producerade i det upphandlingsverktyg som det aktuella företaget tillhandahåller. Här kan nämnas t.ex. e-Avrop, Oracle, Primona, Eniro upphandling.

Det finns tre företag i Sverige som är certifierade eSender, med svenska som angivet språk. Dessa är European Dynamics, Visma Opic samt HILMA.¹⁶² Att vara certifierad eSender innebär att företaget uppfyller villkoren för att vidareförmedla annonser till kommissionens annonsdatabas TED. Det är en relativt komplicerad process eftersom certifiering sker per annonsformulär.¹⁶³ Produktions- och systemunderhållskostnader för hanteringen av annonser till TED uppgår i storleksordningen till cirka 2 miljoner kronor per år och företag. Upphandlande myndigheter kan själva publicera annonser i TED utan att vara certifierade. Det är emellertid ovanligt.

Hur annonseras upphandlingar?

Det är kostnadsfritt för upphandlande myndigheter och enheter att publicera upphandlingsannonser i de nämnda databaserna. Annonserna innehåller relativt ofta en del ofullständig eller bristfällig information. Annonssdatabasföretagen bistår i dessa fall med korrigerings- och justeringshjälp.¹⁶⁴ Dessutom är det vanligt att upp-

¹⁶⁰ Ursprungligen ett norskt bolag.

¹⁶¹ Startades i Danmark.

¹⁶² Enligt SIMAP:s webbsida, det är osäkert om det är aktuella uppgifter eftersom Allego fortfarande står med som certifierad. Allego ingår numera i VISMA Opic. HILMA är den finska statliga annonsdatabasen.

¹⁶³ Se vidare på SIMAPS webbsida:

http://simap.europa.eu/ojs_esenders/become_an_ojs_esender/become_an_ojs_esender_sv.htm (per den 18 januari 2013) för ytterligare information.

¹⁶⁴ Enligt uppgifter från Visma Opic hjälper de till med 30 procent av annonserna som de publicerar.

handlande myndigheter och enheter söker hjälp med olika tjänster förenade med annonseringen. Det är t.ex. vanligt att upphandlande myndigheter och enheter vill ha hjälp med CPV-kodning.¹⁶⁵

Vilka tjänster erbjuder annonsdatabasföretagen till leverantörerna?

I de flesta annonsdatabaserna är det möjligt för presumtiva leverantörer att söka efter annonser utan kostnad. De tre företag som är heltäckande erbjuder samtliga kostnadsfri sökning av annonser. En bevakningstjänst kostar från 500 kronor per licens och år. Företagen tillhandahåller flera olika paket med olika nivåer på bevakningstjänster och för olika geografiska områden, t.ex. per kommun, ett eller flera län, hela Sverige, hela Norden eller ett nordiskt land, övriga Europa och Europa exklusive Sverige. Flera annonsdatabaser innehåller också regionala portaler och det är också möjligt att bevaka ett produktområde, t.ex. hälso- och sjukvård. Det finns också möjligheter för företagen att få utvidgade analyser, t.ex. hur konkurrenssituationen ser ut på en viss marknad, vilka avtal som är i kraft i ett visst utpekat område, få ta del av exempel på förfrågningsunderlag och anbud, få information om en upphandling blivit överprövad eller vilket företag som vunnit en specifik upphandling. Det erbjuds således möjligheter till skräddarsydda sökprofiler eller bevakningstjänster.

Sveannons – ett förslag till annonsstandard i syfte att förenkla och standardisera information

Tidigare i detta avsnitt kommenterades att den utredning som föregick införandet av nuvarande LOU och LUF, menade att en standardisering av upphandlingsannonserna skulle kunna leda till förenklingar i form av ökad tillgänglighet till annonserna.¹⁶⁶ Utredningen trodde dock inte att lagstiftningsvägen var rätt väg att gå utan att frågan istället skulle hanteras på myndighets- och organisationsnivå. Sedan en tid tillbaka finns ett samarbete i denna fråga via Single Face To Industry (SFTI), ett samarbete mellan Sveriges Kommuner och Landsting, Ekonomistyrningsverket och Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet. SFTI:s syfte är att

¹⁶⁵ Cirka 60 procent av annonserna som förmedlas via Visma Opic erhåller sådant stöd.

¹⁶⁶ Upphandlingskommittén 2004, *Nya upphandlingsregler 2*, SOU 2006:28.

främja förutsättningarna för elektronisk handel. SFTI har arbetat fram ett förslag till annonsstandard för upphandlingsannonser, Sveannons, som genomförs enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF.

Sveannons är en profil – en teknisk specifikation – som beskriver en process i vilken en upphandlande myndighet, genom ett elektroniskt annonsformulär eller annat elektroniskt verktyg, kan skicka en annons om upphandling under tröskelvärdena till en ”publicist”, exempelvis en allmänt tillgänglig annonsdatabas. Profilen har sin grund i CEN/BII som är ett standardiseringsprojekt i vilket ett flertal av EU:s medlemsstater deltar.¹⁶⁷

Arbetet har kommit så långt att det finns en framtagen profilbeskrivning, eller teknisk specifikation, som innehåller hur samarbetet mellan de olika aktörerna ska gå till, vilka transaktioner som ska utväxlas och i vilken sekvens, vilka affärsregler som ska styra utförandet av profilen och även innehållet i den information som ska utväxlas. Profilen beskriver emellertid ännu inte hur den tekniska överföringen av annonserna ska ske, hur säkerheten eller sekretessen ska garanteras, hur integriteten i innehållet ska säkerställas eller hur revision av informationsinnehållet ska gå till. Det återstår också att lösa hur profilen ska implementeras. Det finns således en del arbete kvar att göra innan Sveannonsen kan tas i bruk.

SFTI har tagit fram en lista på uppgifter som en Sveannons kan innehålla.¹⁶⁸ Vissa uppgifter är tänkta att vara obligatoriska, såsom den upphandlande myndighetens/enhetens namn och organisationsnummer, benämning på upphandlingen, en sammanfattande beskrivning av upphandlingen, leveransort eller NUTS-kod, CPV-kod, vilket förfarande som används samt sista datum för mottagande av anbud alternativt anbudsansökan. Andra uppgifter är frivilliga.

En svensk annonsstandard – av den typ som Sveannonsen representerar – kan ge ökade möjligheter till översikt för både upphandlande myndigheter/enheter och presumtiva anbudsgivare. Sökbarmheten kan också öka eftersom alla annonser innehåller information på samma strukturerade sätt. En annonsstandard kan också bidra till bättre möjligheter till uppföljning och statistikutvinning för enskilda myndigheter och på en aggregerad nivå. Det

¹⁶⁷ Projektet är delfinansierat av EU-kommissionen och har som huvuduppgift att ta fram standardprocesser för elektroniska fakturor, ordrar, kataloger och upphandlingsförfarandet. En viktig komponent i arbetet har också varit att ta fram vägledning och handledning för pilottester, främst då för PEPPOL, Pan-European Public e-Procurement On-Line.

¹⁶⁸ http://www.upphandlingsstod.se/files/pdf/Profilbeskrivning_SFTI_Sveannons_-_Bilaga_1.pdf

kan även tänkas att en svensk standard kan öka den gränsöverskridande handeln eftersom möjligheterna till annonsutbyte över gränserna kan bli enklare, särskilt med de nordiska, men framöver även med övriga av EU: medlemsstater.¹⁶⁹

4.4.3 Hur gör man i andra medlemsstater?

Som nämntes i inledningen till detta kapitel har de flesta medlemsstater valt en annan lösning än Sverige när det gäller annonsering av offentliga upphandlingar. I det här avsnittet redogörs översiktligt för hur det ser ut inom EU. Det bör påpekas att förhållandet att en databas är offentligt finansierad inte nödvändigtvis innebär att databasen är gratis att använda för leverantörerna.

I de flesta medlemsstaterna är det obligatoriskt att annonsera alla offentliga upphandlingar i en statligt finansierad nationell databas. Detta gäller för Belgien, Bulgarien, Danmark, Cypern, Tjeckien, Estland, Finland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Nederländerna, Polen, Portugal, Rumänien och Slovenien. Även Norge och Kroatien har sådana lösningar.

Några medlemsstater, i princip de största, har en statligt finansierad nationell annonsdatabas som är obligatorisk att använda för statliga, federala eller regionala upphandlande myndigheter. Lokala upphandlande myndigheter behöver dock inte använda sig av annonsdatabasen. Stater som har en sådan lösning är Frankrike, Tyskland, Italien och Spanien. Till denna skara har Storbritannien relativt nyligen anslutit sig. Ett antal andra länder har en statligt finansierad nationell annonsdatabas, som det är frivilligt att annonsera i. Detta gäller för Ungern, Island, Irland och Slovakien.

Inget annat medlemsland har således en lösning som liknar Sveriges, dvs. enbart privata annonsdatabaser som det inte är obligatoriskt, men kutym, att annonsera hos.

En nyligen publicerad rapport ger viss fingervisning om hur annonsdatabaserna eller annonsplattformarna fungerar i EU. I rapporten anges t.ex. att flera inte upplevs som särskilt användarvänliga av leverantörerna.¹⁷⁰ Det här indikerar att annonseringen av upphandlingar inte är problemfri i de länder som valt ett annat tillvägagångssätt än Sverige.

¹⁶⁹ Kommissionen har satt samman en expertgrupp för e-upphandling, e-TEG, som bl.a. arbetar med standardiseringsfrågan, se vidare avsnitt 3.7.

¹⁷⁰ PriceWaterhouseCoopers EU Service EESV, *The Golden Book of e-Procurement Good Practice*, MARKT/2011/097/C4/OP LOT2, 5 December 2012, Draft.

Nedan finns mer detaljerade redogörelser för hur annonsering av upphandlingar går till i Danmark, Norge och Finland.

Danmark

I Danmark infördes en nationell central annonseringsplattform under våren 2012.¹⁷¹ Plattformen är en samlad ingång till alla upphandlingar i Danmark, både upphandlingar över och under EU:s tröskelvärden.¹⁷² Konkurrencestyrelsen är huvudman för plattformen och den finansieras helt med statliga medel. Myndigheterna annonserar själva sina upphandlingar under tröskelvärdena på plattformen. Upphandlingar över tröskelvärdena hämtas från TED. En annons om en upphandling som omfattas av nationella regler ska innehålla en beskrivning av föremålet för upphandlingen, kontaktuppgifterna till den upphandlande myndigheten, tidsfristen för mottagande av anbud eller ansökan om att få delta, adressen där anbud och ansökningar tas emot samt vilka tilldelningskriterier som gäller för upphandlingen. Det ställs inga krav på efterannonsering av nationella upphandlingar. Plattformen ger däremot företagen möjligheter att informera sig om upphandlande myndigheters framtida inköp så att företagen kan planera sin anbudsgivning. Plattformen är gratis för företagen att använda. Det finns också en meddelandeservice integrerad med annonsplattformen. Den möjliggör för företagen att på ett enkelt sätt få direktkontakt med myndigheterna.

Ett av skälen till införandet av databasen var att minska de upphandlande myndigheternas kostnader för annonsering eftersom de använde mycket resurser i form av tid och pengar att annonsera i olika tidningar och andra fora. Plattformen syftar också till att öka transparensen och tillgängligheten till offentliga upphandlingar bl.a. för de små och medelstora företagen. Dessutom anser man att det finns goda möjligheter att inhämta statistik från annonsportalen.

¹⁷¹ Efter ett beslut 2009, se webbplatsen www.ubud.dk.

¹⁷² Det nationella tröskelvärdet uppgår för närvarande till 500 000 danska kronor, se vidare avsnitt 4.3.

Norge

I Norge ska alla upphandlingar, som omfattas av det norska regelverket, annonseras på en central annonsplats, Database for offentlige innkjøp (Doffin).¹⁷³ Det finns också möjligheter att annonsera upphandlingar som understiger det nationella tröskelvärdet, dvs. direktupphandlingar.¹⁷⁴ Det finns däremot ingen skyldighet att efterannonsera nationella upphandlingar. De upphandlande myndigheterna ansvarar för att informationen kommer in i systemet och Doffin är ansvarigt för att annonsen publiceras i TED. Annonsen ska utarbetas på norska. Vill den upphandlande myndigheten, utöver norska, använda ett av EU:s officiella språk kan den tjänsten köpas av Doffin. Vilka uppgifter som en annons, som endast omfattas av de norska reglerna, ska innehålla framgår av de elektroniska formulär som tillhandahålls på annonsplatsen. Annonsplatsen drivs av ett privat företag och Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), dvs. myndigheten för förvaltning och IT, är ansvarig förvaltande myndighet. Annonsportalen är statligt finansierad. Det är gratis för leverantörerna att ta del av annonserna. Det går för närvarande inte att inhämta upphandlingsstatistik från annonsplatsen. Det pågår också ett arbete med utveckling av annonsdatabasen för att göra den mer användarvänlig.

Finland

I Finland är det obligatoriskt att publicera annonser om upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven i den statliga annonsdatabasen, HILMA.¹⁷⁵ Upphandlingar som endast omfattas av de nationella reglerna bör annonseras i HILMA, men det är inget krav.¹⁷⁶ Det är vidare möjligt att publicera annonser om upphandlingar som uppgår till värden som understiger de nationella tröskelvärdena. De annonser som avser direktivstyrda upphandlingar skickas från HILMA till TED. Av EU-annonserna utformas följande annonser i HILMA: förhandsannonser, upphandlingsannonser och efterannonser. Övriga EU-annonser utformas direkt på Simap:s webbplats, dvs. i EU-kommissionens annonsverktyg.

¹⁷³ Webbplatsen www.doffin.no

¹⁷⁴ Tröskelvärdet uppgår till 500 000 norska kronor, se vidare avsnitt 4.3.

¹⁷⁵ <http://www.hankintailmoitukset.fi/sv/>

¹⁷⁶ De nationella tröskelvärdena uppgår till 30 000 euro för varor och tjänster, 150 000 euro för byggtreprenader och 100 000 euro för sociala tjänster och hälsovårdstjänster, se vidare avsnitt 4.2.

Det saknas för närvarande möjligheter att få ut statistikuppgifter ur den finska annonsdatabasen.

4.4.4 Överväganden och förslag

Utredningens förslag:

All annonsering enligt LOU och LUF ska ske i allmänt tillgängliga och godkända databaser. Den statistikansvariga myndigheten ansvarar för att godkänna databaserna.

Sverige har således valt en unik lösning vad gäller hur offentliga upphandlingar ska offentliggöras. Det saknas specifika bestämmelser i LOU och LUF om var annonser som omfattas av det svenska regelverket ska annonseras. Det finns flera aktörer som tillhandahåller upphandlingsannonser och som erbjuder en flora av tjänster, alltifrån enklare kostnadsfria prenumerationer på annonserna till skraddarsydda och avancerade bevakningstjänster. Tre företag är heltäckande, dvs. erbjuder samtliga annonser, medan andra företag erbjuder en delmängd. Vidare är det kostnadsfritt för upphandlande myndigheter och enheter att publicera annonser, men branschen har också här utvecklat en del tjänster till stöd för upphandlande myndigheter och enheter. Det övervägande antalet upphandlingar som annonseras omfattas endast av de svenska reglerna. För dessa saknas det en annonsstandard. Det finns dock en framtagen annonsstandard, Sveannons som ännu inte antagits.

Det finns behov av enhetliga standarder

Det har framkommit att det finns ett stort behov av enhetliga standarder på området. Om det skulle ställas krav på att använda en särskild standard för annonser, som omfattas av 15 kap. LOU och LUF, kunde det t.ex. resultera i att annonser på ett enklare sätt kan utbytas med andra länder, framförallt de nordiska. Det kunde i sin tur leda till att den gränsöverskridande handeln ökar. Vidare kan användandet av standarder i ökad utsträckning bidra till utvecklingen av e-handels- och e-upphandlingsområdet. I dag används standarder för e-handel som utvecklats och rekommenderas genom SFTI. De omfattar huvudsakligen order t.o.m. fakturaprocessen, men ett långtgående arbete har även genomförts med förslaget

Sveannons. Utredningen bedömer att det arbetet utgör en bra grund för en svensk annonsstandard.

Tillgången till statistikuppgifter behöver säkerställas

Det ligger i utredningens uppdrag att ta fram förslag till en lösning för den nationella upphandlingsstatistiken. Tillgången till uppgifter från upphandlingsannonserna bedöms vara en förutsättning för en sådan lösning. Utredningen har på annan plats i detta betänkande övervägt alternativet att inhämta upphandlingsstatistik direkt från de upphandlande myndigheterna och enheterna, se kapitel 10. Det finns dock flera problem med ett sådant upplägg, i vart fall så länge de elektroniska upphandlingssystemen inte är mer utbyggda.

Förslagen till nya upphandlingsdirektiv innehåller en ny metod för insamlingen av information på EU-nivå; kommissionen ska inhämta data direkt från upphandlingsannonserna, dvs. från TED, utan att gå via medlemsstaterna.¹⁷⁷ I förslagen anges att, om kvaliteten på sådana uppgifter visar sig vara bristfällig, ska medlemsstaterna på kommissionens begäran lämna kompletterande uppgifter. Detta innebär att tillhandahållare av upphandlingsannonser får en viktigare roll.

Två alternativa lösningar

Utredningen har dragit slutsatsen att det finns två huvudalternativ för att öka både tillgängligheten till upphandlingsannonserna, transparensen kring pågående upphandlingar och samtidigt göra det möjligt att inhämta statistik om offentliga upphandlingar. Ytterligare aspekter att beakta är att allmänt främja den tekniska utvecklingen på området. De alternativ som utredningen analyserat är alternativet med en fortsatt decentraliserad marknadsdriven lösning och alternativet som innebär inrättande av en statlig nationell annonsdatabas.

¹⁷⁷ Artikel 86 det klassiska direktivförslaget respektive artikel 95 förslaget till reviderat förslagsdirektiv. Bestämmelsernas slutliga utformning var fortfarande föremål för diskussion när betänkandet gick i tryck.

Dagens lösning förefaller fungera relativt väl...

Utredningen gör bedömningen att dagens marknadsdrivna annonslösning fungerar relativt väl. Det baseras på uttalanden av både upphandlande myndigheter och näringslivsorganisationer och att frågan sällan lyfts under utredningens utåtriktade arbete. Vidare har det inte framkommit att enskilda företag i gemen skulle uppleva att de annonsdatabaser som finns skulle vara svåra att hitta eller använda.

... men transparensen brister i vissa avseenden

En svaghet med dagens marknadsdrivna lösning är att transparensen inte är den bästa. Även om annonsdatabaserna var för sig innehåller väl strukturerad information för leverantörer och myndigheter kan det vara svårt för potentiella leverantörer till offentlig sektor att identifiera de företag som publicerar annonserna. Upphandlingsstödet information innehåller av naturliga skäl ingen tydlig bild över annonsdatabaserna utan redovisar endast ett antal exempel. Det kan således uppfattas som svåröverskådligt för en förstagångsbesökare på en webbsida att få en bild av intressanta upphandlingar.

En lösning skulle vara att skapa både ökad transparens och en tydlig ordning genom att införa krav på någon form av auktorisation, godkännande eller certifiering av annonsdatabaserna. De databaser som erhållit auktorisation, godkännande eller certifiering kan marknadsföra detta och det skulle därefter vara naturligt för upphandlingsstödet – antingen vid Kammarkollegiet eller vid en ny myndighet – att ge tydlig information om vilka annonsdatabaser som leverantörerna bör vända sig till.

Konkurrensen driver på utvecklingen...

Ett starkt argument för att välja en marknadsdriven lösning är den effekt som konkurrensen mellan annonsdatabaserna har på den tekniska utvecklingen. Det skapas kontinuerligt nya utvecklade informationstjänster och e-systemtjänster. Eftersom de företag som tillhandahåller annonsdatabaserna vill ha fler kunder skapar det incitament för att nå ut till så många potentiella anbudsgivare – eller kunder – som möjligt. Det finns i själva verket mycket som

talar för att det relativt rika utbud av olika informationstjänster, som finns i Sverige, inte hade varit lika omfattande om det bara hade funnits en enda annonsdatabas. Konkurrensen tvingar vidare företagen att utveckla kostnadseffektiva lösningar.

Ett av skälen till att Danmark valde att inrätta en nationell annonsplattform var att myndigheterna använde betydande resurser för att nå ut med sina annonser. I Norge pågår ett arbete med att göra den nationella annonsplattformen mer användarvänlig. Såvitt utredningen kan bedöma har ingen annan av EU:s medlemsländer samma utbud av informationstjänster, förknippade med offentlig upphandling, som Sverige. Annonssdatabasföretagen kvalitetssäkrar t.ex. annonserna på olika sätt, samt bistår med tjänster kring annonseringen. Som exempel kan nämnas att Konkurrensverket funnit att många av de uppgifter som är värdefulla vid en uppföljning och analys av olika upphandlingar redan samlas in av några de kommersiella databaserna.¹⁷⁸

... och utvecklingen av andra system gynnas också av dagens lösning

Ett ytterligare argument för en marknadsdriven lösning består i att den vidare utvecklingen av elektroniska upphandlingssystem anses ha mycket att vinna på att företagen som utvecklar dessa system också tillhandahåller de olika informationstjänster som är förknippade med annonseringen. Det finns en oro i dag att utvecklingen av e-upphandlingssystem skulle komma att avstanna om dagens marknadslösning istället byttes mot en nationell lösning.

Marknaden tycks koncentreras...

Ett memento är att en tilltagande marknadskoncentration bland annonsdatabasföretagen på sikt kan leda till en försvagad konkurrenssituation. Det fanns tidigare ett flertal aktörer, men genom uppköp återstår det i princip tre större företag, även om där finns en mängd mindre företag som tillhandahåller annonser avseende vissa produktkategorier. En monopolsituation skulle innebära att priserna på bevakningstjänsterna troligen skulle öka, servicen och

¹⁷⁸ Se Konkurrensverket, *Bättre statistik om offentliga upphandlingar*, rapport 2011:5.

användarbarheten sannolikt försämras och att den aktuella marknadens innovationskraft minskar.

... men staten kan underlätta för nya företag att etablera sig

Det finns dock åtgärder att ta till för att underlätta för nya företag att komma in på marknaden. Det kan till exempel göras genom att staten fastställer vilket ersättning som ska utgå för att en annonsdatabas ska få tillgång till en originalannons ur en annan annonsdatabas. Redan i dag delar flera av aktörerna upphandlingsannonser mellan varandra. De gör det för att de vill vara säkra på att de kan ge sina kunder en heltäckande service. Vid möten med aktörerna har framförts att staten bör fastställa vilken ersättning som ska utgå för utbyte av originalannonser. Annonssdatabasleverantörerna bistår med att kvalitetssäkra innehållet i annonserna, t.ex. med CPV-kodning. Utredningen finner att ersättningen för utbyte av upphandlingsannonser bör vara självkostnadsbaserad och avse kostnaden för kvalitetssäkring av innehållet i originalannonsen. I kapitel 10 föreslår utredningen att den statistikansvariga myndigheten ska sammankalla en arbetsgrupp bestående av representanter från bl.a. Ekonomistyrningsverket, Sveriges Kommuner och Landsting, Sveriges Offentliga Inköpare och Sveriges Offentliga Leverantörer. Enligt förslaget ska arbetsgruppen bl.a. delta i arbetet med att ta fram vilka uppgifter som ska ingå i upphandlingsstatistiken. Arbetsgruppen kan tillföras uppgiften att ta fram nivån på ersättningen per annons. Om det skulle visa sig att nämnda åtgärd inte är tillräcklig så kan en reglering övervägas.

Det är lättare att synliggöra *en* ingång till upphandlingsannonserna...

Även om en marknadsdriven lösning har ett flertal fördelar finns det fördelar även med förslaget om en nationell databas. En nationell annonsdatabas som innehåller samtliga annonser är enklare att marknadsföra och synliggöra för presumtiva leverantörer. Att söka annonser på en statlig annonsdataplats skulle kunna vara helt kostnadsfritt för alla leverantörer och detsamma kunde gälla tillhandahållandet av bevakningstjänster. Dock skulle det kräva finan-

siering från statsbudgeten eller att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får betala en avgift.

... men den befintliga marknaden riskerar att skadas

Införandet av en nationell annonsdatabas skulle med största sannolikhet komma att allvarligt störa, eller skada, den befintliga annonseringsmarknaden. Enligt utredningen finns denna risk oavsett om driften av en sådan annonsdatabas skulle upphandlas på marknaden. En upphandling av en nationell annonsdataplats kan bara vinnas av en leverantör och denne skulle således bli ensam på marknaden under avtalstiden. Om alla annonser styrs mot en aktör leder det till att efterfrågan på de övriga privata företagens bevakningstjänster kommer att minska.

En utveckling mot en situation, där en nationell annonsdataplats skulle konkurrera med de privata företagen om att erbjuda bevakningstjänster, är ur ett förvaltningspolitiskt perspektiv principiellt tveksamt. Det har sedan många år utvecklats en syn på det offentliga åtagandet som innebär att myndigheter inte bör bedriva affärsverksamhet och konkurrera med privata aktörer.¹⁷⁹ Denna utveckling har också lett till nya bestämmelser i konkurrenslagen.¹⁸⁰

Om en nationell annonsdatabas inte skulle få erbjuda bevakningstjänster mot betalning riskeras en situation där många presumtiva leverantörer, till den offentliga sektorn, ändå måste vända sig till de privata databasföretagen för att få hjälp med bevakningen av intressanta upphandlingar. Frågan är vad som då har vunnits genom att skapa en nationell lösning. Utredningens uppfattning är att risken är betydande att en nationell annonsdataplats skulle hamna i en besvärlig avvägning när det gäller vilken servicenivå den bör erbjuda. En alltför låg servicenivå kommer att medföra att många anbudsgivare och anbudsökare vänder sig till den privata marknaden med följderna att vinsten med den nationella lösningen minskar. En hög servicenivå, som tillfredsställer flertalet leverantörers behov, kommer å andra sidan sannolikt att bli mycket kostsam. Det skulle

¹⁷⁹ Se t.ex. den principiella diskussionen i SOU 2007:78 *Bolagisering för ökad konkurrens och effektivitet*.

¹⁸⁰ 3 kap. 27 och 28 §§ (2008:579) Konkurrenslagen. Se också Prop. 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.* Stat, kommun och landsting kan förbjudas att sälja varor eller tjänster på ett sätt som begränsar konkurrensen. Säljverksamheter och förfaranden förenliga med lag omfattas dock inte av förbudet.

nämligen innebära att ett betydande arbete måste läggas ned på att ta fram bevakningstjänster.

Den tekniska utvecklingen riskerar att stanna av

Vidare riskerar den tekniska utvecklingen avseende elektronisk upphandling m.m. att avstanna eftersom utvecklingen i dag främst drivs av de företag som erbjuder annonseringstjänster. De synergier som av allt att döma finns mellan att tillhandahålla annonsplatser och elektroniska upphandlingssystem riskerar därmed att inte få fullt utlopp.

Till nackdelarna med en statlig annonsdatabas hör också att monopol inte är någon god grogrund för utveckling. Utredningen har också funnit indikationer på att annonsplattformar i andra medlemsstater inte är särskilt användarvänliga och att det är tidskrävande för företagen att lära sig använda dem.¹⁸¹

En övergång kräver finansiering

Frågan är även hur en fullständig övergång från den privata till den statliga lösningen skulle gå till. Det skulle innebära ett stort ingripande i dessa företags verksamhet. De har investerat betydande belopp i sina annonsdatabaser och någon form av ersättning torde sannolikt behöva övervägas.

Sist men inte minst kommer det att vara förenat med betydande kostnader att starta och driva en nationell annonsdataplats. Att bygga upp en annonsdataplats kommer sannolikt att kosta ett antal miljoner kronor. Dels bör annonserna kvalitetssäkras på ett liknande sätt som de privata annonsdatabaserna i dag gör, dels bör annonsdatabasen erbjuda goda sök- och bevakningstjänster. Till detta ska läggas den årliga driftskostnaden och kostnaderna för diverse utvecklingsinsatser. Sannolikt talar vi om årliga kostnader som uppgår till tiotals miljoner kronor.

¹⁸¹ PriceWaterhouseCoopers EU Service EESV, *The Golden Book of e-Procurement Good Practice*, MARKT/2011/097/C4/OP LOT2, 5 December 2012, Draft.

4.4.5 Utredningen föreslår att samtliga upphandlingsannonser ska annonseras i en godkänd annonsdatabas

Utredningen bedömer att övervägande skäl talar för att dagens decentraliserade och marknadsdrivna lösning bör behållas. Den förefaller fungera relativt väl, konkurrensen på marknaden driver på utvecklingen mot effektiva informationstjänster och det finns viktiga synergieffekter att tillvarata mellan tillhandahållandet av annonser och utvecklandet av effektiva elektroniska upphandlings-system. Utredningen har dock funnit att denna modell i visst avseende kan behöva regleras. Annonssdatabaserna kan tjäna på ökad synlighet och det finns tecken på att antalet aktörer på marknaden har minskat, till förfång för konkurrensen i framtiden. En styrning av marknaden kan också leda till att standarder utvecklas samt ge förutsättningar för inhämtandet av upphandlingsstatistik.

Det finns olika sätt att åstadkomma ökad transparens och hindra en marknadskoncentration liksom att underlätta inhämtandet av statistik. Det kan t.ex. ske genom att ställa vissa krav på de företag som tillhandahåller upphandlingsannonser. De företag som uppfyller kriterierna kan auktoriseras, godkännas eller certifieras. På så sätt erhålls de nödvändiga garantierna.

Auktorisation innebär som regel att en statlig myndighet har prövat aktören och funnit denne lämplig för att bedriva ett visst yrke eller en viss typ av näringsverksamhet. Med certifiering avses att en tredje part, som ofta är ett partssammansatt organ, har funnit att en tjänst eller process överensstämmer med en överenskommen standard. Certifieringen är tidsbestämd. Med godkännande avses att tillsyns- eller tillståndsmyndigheten på området efter ansökan godkänner att en produkt, t.ex. ett läkemedel får säljas eller användas.

Utredningen har stannat vid att det ska krävas ett godkännande av den myndighet som ansvarar för insamlingen och bearbetningen av upphandlingsstatistiken. Annonsering av upphandlingar har ett nära samband med statistikinsamlingen och därför är det naturligt att den statistikinsamlade myndigheten ansvarar för att godkänna och övervaka att de godkända annonsdatabaserna uppfyller kraven, dvs. bedriva tillsyn över aktörerna.

En annonsdatabas ska, för att bli godkänd, uppfylla särskilda krav och villkor som den ansvariga myndigheten ställt upp. De databaser som blivit godkända ska också listas hos de statliga

myndigheter som har upphandlingsstödjande funktioner. Alla privata aktörer som är intresserade av att förmedla annonser ska enligt utredningens förslag kostnadsfritt kunna ansöka om ett godkännande. Någon gräns för hur många aktörer som får godkännas får enligt förslaget inte finnas. På så sätt skapas transparens, ordning och annonsdatabasmarknaden kan fortleva.

Om ett godkännande skulle vara beroende av att alla godkända annonsdatabaser måste tillhandahålla *samtliga* publicerade annonser, skulle samma fördelar uppnås som en nationell statlig annonsdatabas. Det skulle innebära att godkända databaser delar med sig av de annonser man mottagit till övriga godkända databaser. Emellertid skulle en sådan ordning slå ut aktörer som i dag tillhandahåller upphandlingsannonser, nämligen de som valt att endast tillhandahålla annonser publicerade i företagets eget upphandlingsverktyg. Risken är därmed stor att utvecklingen av elektroniska upphandlingssystem skulle avstanna eftersom det skulle påverka konkurrensen på denna marknad negativt. Det skulle också kunna hindra nischade annonsdatabaser, t.ex. inom ett produktområde eller liknande. Utredningen bedömer därför att ett sådant krav skulle vara alltför ingripande. Det är genom att ge möjligheter för flera företag att tillhandahålla upphandlingsannonser som konkurrensen skärps eftersom det innebär att fler aktörer kan konkurrera om att ta fram nya lösningar och utveckla informationstjänster.

Som nämndes tidigare kan tillträdet till annonsmarknaden säkerställas genom att staten fastställer vilken ersättning som ska utgå för utbyte av originalannonser. Ersättningen kan fastställas av arbetsgruppen som arbetar med upphandlingsstatistiken.

Vilka krav bör ställas på en godkänd annonsdatabas?

Utredningen menar att följande minimikrav ska uppfyllas av en annonsdatabas för att den ska bli godkänd. Med aktör avses i det följande tillhandahållare av en annonsdatabas.

- Aktören förbinder sig att kostnadsfritt publicera upphandlingsannonser, dvs. upphandlingar som genomförs med stöd av LOU och LUF samt även att inhämta viss information från andra dokument hänförliga till offentliga upphandlingar.

- Aktören ansvarar för att annonsen är rätt presenterad; själva innehållet i annonsen ansvarar den upphandlande myndigheten eller enheten för.
- Annonserna ska vara utformade i enlighet med standardformulären i TED eller det standardformulär som antas för upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU och LUF.
- Aktören förbinder sig att publicera annonsen inom ett fastställt antal timmar.
- Aktören ger presumtiva anbudsgivare, enligt vissa uppställda minimikrav på söksystemet, möjlighet att på egen hand och utan kostnad söka bland alla i databasen publicerade annonser.
- Det måste tydligt framgå att det är fråga om en originalannons, med vilket avses den annons som först publicerades.
- Aktören förbinder sig att tillhandahålla viss statistik till den statistikansvariga myndigheten (se 10 kap.).
- Det ska tydligt framgå att annonsdatabasen är godkänd och vilka delar av upphandlingsmarknaden som annonserna omfattar.
- Ett beslut med innebörd att annonsdatabasen inte godkänts ska i första hand omprövas av myndigheten.

Ovanstående krav kan ställas på varje enskild annonsdatabas och det finns inga principiella eller tekniska hinder mot att företagen, som i dag tillhandahåller upphandlingsannonser, ska kunna uppfylla dem. Det krävs dock att Sveannons antas som standard och att efterannonsering sker i enlighet med Upphandlingsutredningens förslag. Den tidigare nämnda arbetsgruppen¹⁸² får i uppdrag att ta fram de närmare detaljerna t.ex. gällande kostnad för utbyte av annonser mellan aktörerna, ställa upp minimikrav på söksystemet samt inom vilka tidsramar en annons måste publiceras inom m.m.

Om publicering av en upphandlingsannons, som omfattas av 15 kap. LOU eller LUF sker i en databas som inte är godkänd har upphandlingen inte annonserats i LOU/LUF:s mening, vilket innebär att upphandlingen således inte uppfyller lagkraven på öppenhet och transparens. En sådan upphandling är därmed en otillåten direktupphandling. Även upphandlingar som omfattas av upphand-

¹⁸² Se kapitel 10.

lingsdirektiven ska enligt förslaget gå vägen via en godkänd databas.

Ett avslagsbeslut ska kunna omprövas. Ett avslagsbeslut ska vara motiverat, dvs. den ansvariga myndigheten måste ange skälen till varför den sökande inte godkännts. På så sätt kan den sökande komplettera och ansöka igen. I det fall omprövningsbeslutet också innehåller ett avslag ska det beslutet kunna överklagas till förvaltningsdomstol. Bestämmelserna om omprövning och överklagande ska följa förvaltningslagens bestämmelser.¹⁸³

Förslaget kräver ändringar i LOU, LUF samt upphandlingsförordningen (2011:1040).

4.5 Ökade möjligheter att beakta enskildas behov och val inom ramavtal där samtliga villkor är fastställda

4.5.1 Inledning

Direktivförslagen tydliggör att det finns ett nationellt handlingsutrymme vid upphandling av ramavtal som ingåtts med flera leverantörer och där samtliga villkor är fastställda. Detta handlingsutrymme möjliggör en tydligare nationell upphandlingsreglering med ett större utrymme att ta hänsyn till enskildas val och särskilda behov vilket enligt Upphandlingsutredningens uppfattning är positivt.

Enligt LOU ska den aktuella typen av ramavtal tilldelas den leverantör, som enligt ramavtalets villkor, lämnat det bästa anbudet.¹⁸⁴ Enligt förarbetena ska tilldelningen ske enligt en rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar ett objektiva tillvägagångssätt.¹⁸⁵ Det finns vissa möjligheter att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. Som exempel nämns vård- och omsorgstagares rätt att utöva inflytande på de varor och tjänster myndigheten ska tillhandahålla. Vidare får rangordningen frångås till följd av behandlande läkares val eller vissa patienters speciella behov.¹⁸⁶

Kritik har riktats mot de aktuella ramavtalsbestämmelserna, i synnerhet mot uttalanden i förarbetena som anses alltför begräns-

¹⁸³ 22–30 §§ förvaltningslagen (1986:223, omtryckt i SFS 2003:246).

¹⁸⁴ 5 kap. 6 § LOU.

¹⁸⁵ Prop. 2006/07:128, *Ny upphandlingslagstiftning*, s. 175.

¹⁸⁶ Prop. 2006/07:128, s. 179 f.

ande och rättsligt oförutsebara. Man har påpekat problem till följd av att vare sig LOU eller gällande upphandlingsdirektiv uttalar ett tydligt stöd för att beakta enskildas val eller behov vid avrop av *andra typer av tjänster*, än vård- och omsorgstjänster, som riktar sig till enskilda.

Vidare saknas ett uttryckligt stöd i lagstiftningen för att beakta enskildas val eller särskilda behov vid avrop av *varor från ett ramavtal*.¹⁸⁷ Det nuvarande klassiska upphandlingsdirektivet ger inte heller någon vägledning om huruvida den enskildes behov eller val får beaktas vid avrop av varor som ska användas av den enskilde.

Dessa två omständigheter begränsar enligt utredningen de upphandlande myndigheternas möjligheter att göra goda affärer med målet att sätta servicen till medborgarna i fokus.

Det klassiska direktivförslaget innehåller emellertid ett skäl som kodifierar utrymmet att beakta fysiska personers behov eller val vid avrop av varor och tjänster från ramavtal där samtliga villkor är fastställda. Skälet tydliggör således ett nationellt handlingsutrymme vid avrop av varor och tjänster som ska användas av enskilda. Detta handlingsutrymme bör enligt utredningen tas tillvara.

I de närmast följande avsnitten redogörs för delbetänkandet, remissvaren och vad som hänt därefter. I avsnitt 4.5.3 beskrivs gällande rätt, dvs. möjligheten att beakta den enskildes val och behov i LOU och LOV samt EU-rättsligt, och för det föreslagna klassiska direktivets klargörande av möjligheterna att beakta den enskildes val och behov. I avsnitt 4.5.4 och 4.5.5 beskrivs Upphandlingsutredningens överväganden, slutsatser och förslag.

Begreppet tjänster används i det följande både i samband med val av tjänsten och tjänsteleverantören som ibland kallas utförare. Begreppet avropsgrund används för de grunder som får (och föreslås få) ligga till grund för tilldelning av kontrakt inom ett ramavtal där samtliga villkor är fastställda.

4.5.2 Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

I delbetänkandet redogjorde Upphandlingsutredningen för de önskemål som framförts från många intressenter om ett ökat hänsynstagande till den enskildes behov och val. Det konstaterades

¹⁸⁷ Se exempelvis SOU 2011:77, *Hjälpmedel – ökad delaktighet och valfrihet*, s. 109 från Utredningen om fritt val av hjälpmedel. Av prop. 2006/07:128 framgår dock att undantag från rangordningen under vissa omständigheter får göras för handikapphjälpmedel och medicinska produkter om ramavtalet understiger tröskelvärdena.

samtidigt att ett införande av ett valfrihetsförfarande för olika typer av varor och tjänster sannolikt skulle kräva en ändring av det klassiska upphandlingsdirektivet.

I princip samtliga remissinstanser som kommenterat frågan var positiva till att närmare utreda möjligheterna att i större utsträckning beakta enskildas val i LOU. Sveriges Kommuner och Landsring angav i sitt svar att ramavtalsregleringen bör ändras för att möjliggöra större valfrihet och flexibilitet. Näringslivsorganisationerna var positiva till inriktningen på utredningens arbete men bl.a. Almega och Företagarna ansåg att ett förtydligande var nödvändigt beträffande hur den enskildes önskemål och behov kan beaktas inom gällande lagstiftning. Famna och Arbetsgivarorganisationen KFO påpekade att ersättningssystemets nivåer och utformning är avgörande för idéburna företags möjligheter att träda in på marknaden, växa och utvecklas. FAMNA uttryckte oro för att ett valfrihetsförfarande inom LOU skulle medföra ökad priskonkurrens och underströk vikten av att få tävla med kvalitet, resultat och andra för samhället positiva effekter.

Akademikerförbundet SSR påtalade att den enskilde kan ha svårt att genomföra rationella val eftersom han eller hon ofta befinner sig i en utsatt situation. Förbundet underströk vikten av tydlig och lättillgänglig information om de olika alternativ som den enskilde har att välja emellan.

Vad har hänt efter delbetänkandet?

Under förhandlingarna av det klassiska direktivet har Sverige verkat för att ramavtalsbestämmelserna ska tydliggöra att den enskildes val eller behov får beaktas vid avrop av varor eller tjänster som han eller hon ska använda.

Av intresse för förslagen i detta avsnitt är att regeringen hösten 2012 beslutade att tillsätta en särskild utredare, hädanefter LOV-utredningen, med uppdraget att bl.a. utvärdera LOV utifrån brukarnas perspektiv, behovet av informationsinsatser, betydelsen av en mångfald av leverantörer, reformens betydelse för utvecklingen av kvalitet, effektivitet och kostnader inom äldreomsorgen samt eventuella samband mellan ersättningssystem, förfrågningsunderlag, kvalitet och vinstutdelning. LOV-utredningen ska också över-

väga för- och nackdelar med att göra lagstiftningen obligatorisk för hemtjänster och andra verksamhetsområden.¹⁸⁸

Regeringen har också tillsatt en utredning för en modernisering av kommunallagen (1990:100), hädanefter benämnd Kommunal-lagsutredningen. Av särskilt intresse i detta sammanhang är att utredningen ska överväga behovet av en generell reglering som syftar till att ge medborgarna tillgång till information som behövs för att kunna välja utförare av kommunalt finansierad verksamhet.¹⁸⁹

4.5.3 Nuvarande och framtida möjligheter att beakta fysiska personers behov och val

Vad säger gällande upphandlingslagstiftning om möjligheterna att beakta den enskildes val och behov?

Ramavtal definieras i LOU som avtal, vilka ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Beroende på om en eller flera leverantörer omfattas av avtalet gäller olika bestämmelser i 5 kap. LOU vid tilldelning av kontrakt, dvs. avrop, inom ett ramavtal. I sammanhanget är det framför allt av intresse att redogöra för vad som gäller om ramavtal sluts med fler än två leverantörer¹⁹⁰. Vid sådana avtal kan antingen samtliga villkor vara fastställda, alternativt inte fastställda. Vid tillämpningen av ramavtal, med samtliga villkor fastställda, sker tilldelning av kontrakt utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Istället anges i LOU att kontraktet ska tilldelas, dvs. avrop ska ske från, den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.¹⁹¹ Denna del av LOU syftar till att genomföra artikel 32.4 i det klassiska direktivet som har följande ordalydelse:

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts mellan flera ekonomiska aktörer kan ske [...] genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

¹⁸⁸ Dir. 2012:91, *Framtida valfrihetssystem inom socialtjänsten*.

¹⁸⁹ Dir. 2012:105, *En kommunallag för framtiden*.

¹⁹⁰ Ramavtal får enligt gällande upphandlingsdirektiv inte ingås med två leverantörer, dvs. förutsatt att det finns fler än två anbudsgivare.

¹⁹¹ 5 kap. 6 § LOU.

Av förarbetena till LOU framgår att tilldelningen ska ske på objektiva grunder som inte strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen eller skapar osäkerhet hos leverantörerna.

Sammanfattningsvis bör krävas att ett ramavtal med flera leverantörer och som innehåller samtliga villkor för tilldelningen av kontrakt som bygger på ramavtalet genom en rangordning eller i övrigt genom utformningen av innehållet i ramavtalet tillhandahåller objektiva grunder för att fastställa i vilken ordning leverantörerna skall ha möjlighet att leverera. För att den upphandlande myndigheten skall kunna frångå den i ramavtalet fastställda ordningen mellan leverantörerna bör särskilda skäl föreligga med hänsyn till föremålet för upphandlingen; t.ex. att det är fråga om en upphandling av produkter vars priser ofta ändras eller om en jävssituation föreligger.¹⁹²

Möjligheterna att låta den enskildes behov eller val styra beskrivs i förarbetena till 15 kap. LOU som reglerar upphandling bl.a. av ramavtal som underskrider tröskelvärdena eller avser B-tjänster oavsett värde:

En särskild svårighet [---] uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla, såsom t.ex. handikapphjälpmedel. Likaså kan det i vissa situationer vara nödvändigt att låta användaren av ramavtalet avgöra vilken produkt eller tjänst som skall avropas. Det kan t.ex. vara fråga om avtal om komplicerade medicinska produkter eller tjänster som beror på behandlande läkares val av behandlingsmetod eller på vissa patienters speciella behov. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll.¹⁹³

Kammarrätten i Stockholm har vid en upphandling av ett ramavtal avseende bl.a. neuro- och fysiologiska undersökningar prövat den enskildes rätt att välja vårdgivare.¹⁹⁴ Frågan var om det aktuella ramavtalet innehöll en fördelningsnyckel, för tilldelning av enskilda kontrakt, som var förenlig med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. De enskilda kontrakten skulle

¹⁹² Prop. 2006/07:128, s. 175. Bestämmelsen har stöd i Artikel 32 direktiv 2004/18/EG.

¹⁹³ Prop. 2006/07:128, s. 179.

¹⁹⁴ Kammarrätten i Stockholm den 16 februari 2010 i mål nr 7433-09.

tilldelas i enlighet med patienternas lagstadgade rättigheter¹⁹⁵, dvs. utifrån det val som den enskilda patienten gör i samråd med sin läkare. Ramavtalet angav att befolkningen i det aktuella landstinget hade rätt att fritt välja leverantör av tjänsterna. Vad som enligt 5 kap. 6 § LOU är *det bästa anbudet* vid varje enskilt avrop får enligt kammarrätten i detta fall vara den leverantör som patienten, i samråd med sin läkare, väljer och inte enbart det anbud som har lägst pris. Någon risk för att den upphandlande myndigheten skulle kunna använda ramavtalet på ett otillbörligt och konkurrensnedvridande sätt ansågs inte föreligga.

Kammarrätten i Jönköping konstaterade i ett mål om tandtekniska tjänster att den upphandlande myndigheten hade rätt att under vissa omständigheter frångå upphandlingens huvudprincip att avrop skulle ske utifrån lägsta pris. Domstolen hänvisade bl.a. till den upphandlade tjänstens art och kravet enligt 3 § tandvårdslagen (1985:125) att vård och behandling så långt möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten.¹⁹⁶

Kammarrätten i Stockholm har, som en konsekvens av förarbetsuttalandena, underkänt ett ramavtal som medgav att enskilda skulle tillåtas välja *mellan olika* färdtjänstleverantörer.¹⁹⁷

Andra lösningar i lag och praxis som syftar till att beakta enskildas val och behov

Upphandlingsutredningen anser att det finns en hel del att lära av erfarenheterna av befintliga valfrihetslösningar, i synnerhet lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV), och redogör i det följande för ett par olika lösningar.

Lagen om valfrihetssystem

LOV gäller sedan 1 januari 2009 och reglerar inrättandet av valfrihetssystem som ger den enskilde rätt eller möjlighet att välja utförare av vissa hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster samt vissa tjänster inom arbetsförmedlingens område. Vissa tjänster – på hälso- och sjukvårdsområdet samt tjänster som rör nyanlända

¹⁹⁵ 3 a § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

¹⁹⁶ Kammarrätten i Jönköping den 12 april 2010 i mål nr 229-10. Domen återförvisades, dock på andra grunder till, förvaltningsrätten.

¹⁹⁷ Kammarrätten i Stockholm den 2 mars 2011 i mål nr 5418-10 om fritt val vid färdtjänst.

invandrades arbetsmarknadsetablering – är obligatoriska att upphandla i enlighet med LOV.

Vid upphandling av valfrihetssystem gäller de grundläggande EU-rättsliga principerna. När en upphandlande myndighet har beslutat att införa ett valfrihetssystem upprättar den ett förfrågningsunderlag som bland annat anger vilken slags tjänst som avses, kraven på leverantören och tjänsten samt det pris till vilket tjänsten ska utföras.¹⁹⁸ I valfrihetssystem enligt LOV är principen den att utföraren ersätts först efter det att tjänsten tillhandahållits.

Utöver förfrågningsunderlagets krav på tjänsten kan en leverantör erbjuda högre kvalitet, bättre tillgänglighet, olika specialistkompetenser, särskilda språkkunskaper etc. – allt i syfte att attrahera den enskildes intresse.

Valfrihetssystemet annonseras löpande i en nationell databas. Företag eller andra organisationer, som är intresserade av att tillhandahålla tjänsterna kan, oberoende av anbudstider under valfrihetssystemets livslängd, lämna in sina ansökningar om att delta. Det åligger den upphandlande myndigheten att skyndsamt behandla ett företags ansökan. Någon gräns för hur många företag som får ingå i valfrihetssystem enligt LOV får inte sättas.

Ett företag som anser att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOV har möjlighet att ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol.

Andra lösningar

Valmöjligheter för den enskilde kan också åstadkommas utan att tillämpa LOU eller LOV. Exempelvis kan en person beviljas bidrag (som ibland kallas peng eller check) som får användas till att köpa en viss typ av vara eller tjänst, exempelvis vissa hjälpmedel, hos valfri, men ofta av myndigheten godkänd leverantör. Godkännandet avser normalt endast att leverantören uppfyller vissa grundläggande krav, exempelvis innehar F-skattsedel. I sådana fall är det den enskilde som köper varan eller tjänsten. Något kontrakt eller ansvarsförhållande uppstår således inte mellan den upphandlande myndigheten och varu- eller tjänsteleverantören. I flera fall regleras dock förhållandet mellan enskild och utförare i särskild lagstiftning.

¹⁹⁸ Den senare slutsatsen bygger på att den ansvariga myndigheten beslutar att en person har rätt till en viss omfattning av en tjänst som ingår i ett valfrihetssystem. Situationen är annorlunda i de fall tjänsten tillhandahålls utan begränsning, exempelvis i samband med primärvårdstjänster.

I andra fall åstadkoms valfrihet genom en mer ingående tillståndsgivning. Exempelvis beviljar Skolverket, med stöd av skollagen (1985:1100), tillstånd för friskoleverksamhet. Den enskilde får därefter välja bland/ansöka till de friskolor som har de erforderliga tillstånden. Kommunen är i enlighet med samma lag skyldig att mot bakgrund av elevantalet betala ut bidrag till de friskoleverksamheter som har beviljats tillstånd. I dessa fall uppstår inget kontrakt mellan kommunen och leverantören. Inte heller uppstår något kontrakt mellan den enskilde och huvudmannen för skolan eftersom friskolans skyldigheter följer av lag och andra författningar.

Det föreslagna klassiska upphandlingsdirektivet förtydligar möjligheterna att beakta fysiska personers val och behov vid avrop av varor och tjänster

Förslaget till klassiskt direktiv medför viktiga klargöranden som gör det möjligt att i nationell rätt tydliggöra hur fysiska personers val och behov får beaktas. Förhandlingarna var, som tidigare nämnts inte slutförda när detta betänkande gick i tryck.¹⁹⁹

Bestämmelserna om ramavtal som sluts med fler än en leverantör har modifierats något i det klassiska direktivförslaget.²⁰⁰ Om ett ramavtal sluts med fler än en får kontrakt tilldelas på två olika sätt. Följande sätt är av intresse för detta avsnitt:

Kontraktet ska tilldelas

[e]nligt villkoren i ramavtalet, utan att inleda ett förnyat upphandlingsförfarande, om samtliga villkor för tillhandahållandet av de berörda varorna, tjänsterna och byggtreprenaderna samt *objektiva villkor för att fastställa vilken av de ekonomiska aktörer²⁰¹ som är parter i ramavtalet som ska utföra dem anges i ramavtalet* [egen kursivering].

De objektiva villkoren ska anges i upphandlingsspecifikationerna.²⁰²

¹⁹⁹ Utredningens förslag baseras på Konkurrenskråfrådets överenskommelse från den 10-11 december 2012 som avsåg det klassiska upphandlingsdirektivet. Upphandlingsutredningen har även beaktat det betänkande som Europaparlamentets ansvariga utskott för inre marknads- och konsumentfrågor (IMCO) betänkande daterad den 11 januari 2013 i anledning av det klassiska direktivförslaget.

²⁰⁰ Artikel 31 i det klassiska direktivförslaget.

²⁰¹ Den svenska termen är leverantörer.

²⁰² Artikel 31.4 a) enligt den engelska direktivversionen "Where a framework agreement is concluded with more than one economic operator, it shall be performed in one of the following ways:

(a) following the terms and conditions of the framework agreement, without reopening competition, where it sets out all the terms governing the provision of the works, services and supplies concerned and the objective conditions for determining which

I samband med direktivförhandlingarna har, på svenskt initiativ, följande beaktandesats tagits med i direktivförslaget:

De objektiva kriterierna för att avgöra vilken av de ekonomiska aktörerna som är parter i ramavtalet som bör utföra en viss uppgift, t.ex. tillhandahålla varor eller tjänster avsedda att användas av fysiska personer, kan för de ramavtal där samtliga villkor fastställs innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val.²⁰³

Till skillnad från nuvarande LOU och klassiskt direktiv, tydliggörs att den fysiska personens val eller behov får avgöra kontraktstildelningen vid alla typer av varor och tjänster och oavsett värde, dvs. under förutsättning att de är avsedda för deras användning.

Av den relevanta artikeln framgår att de objektiva villkoren ska anges i ramavtalets upphandlingsunderlag.²⁰⁴

Indelningen i A- och B-tjänster slopas – särskild ordning för upphandling av bl.a. vård-, omsorgs- och utbildningstjänster

Enligt de direktivförslag som är föremål för förhandling föreslås att indelningen i A- och B-tjänster utgår. I stället införs en särskild ordning för upphandling av bl.a. vård-, omsorgs- och utbildningstjänster när ramavtalet eller upphandlingskontraktet överstiger 750 000 euro. Den innebär att medlemsstaterna ska införa nationella bestämmelser som syftar till att säkerställa att upphandlande myndigheter (och enheter) följer principerna om transparens och likabehandling. Medlemsstaterna får själva fastställa förfaranderegler för dessa tjänster men de ska göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de aktuella tjänsternas särskilda egenskaper. Medlemsstaterna ska enligt förslaget försäkra sig om att de upphandlande myndigheterna kan beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, deltagande och egenmakt samt innovation. Medlemsstaterna får

of the economic operators, party to the framework agreement, shall perform them; the latter conditions shall be indicated in the procurement documents for the framework agreement;”.

²⁰³ Skäl 21 a: ”The objective conditions for determining which of the economic operators, party to the framework agreement, should perform a given task, such as supplies or services intended for use by natural persons, may, in the context of framework agreements setting out all the terms, include the needs or the choice of the natural persons concerned.”

²⁰⁴ Artikel 31.4 a).

också föreskriva att valet av tjänsteleverantör inte endast ska avgöras av priset för tillhandahållandet av tjänsten i fråga.²⁰⁵

4.5.4 Upphandlingsutredningen föreslår att enskildas behov och val jämföras med rangordning och annan objektiv fördelningsgrund

Upphandlingsutredningens förslag:

LOU eller förarbetena ska ange att den upphandlande myndigheten, vid ramavtal med i övrigt fastställda villkor, får tilldela kontrakt till en leverantör på grundval av en

1. rangordning av ramavtalsleverantörerna,
2. professionell bedömning av en enskild persons särskilda behov,
3. enskild persons val, eller
4. annan objektiv fördelningsgrund.

Punkten 2 och 3 får tillämpas förutsatt att varan eller tjänsten är avsedd för den enskilde. I upphandlingsdokumenten¹ ska anges hur tilldelning av enskilda kontrakt ska gå till.

Direktivförslaget tydliggör medlemsstaternas handlingsutrymme

Den kritik som riktats mot nuvarande reglering, och i synnerhet uttalandena i förarbetena, är att avrop enligt rangordning har blivit huvudprincip för hur tilldelningen av kontrakt, inom den aktuella typen av ramavtal, får gå till. Det innebär en minskad flexibilitet i förhållande till de möjligheter som det nya förslaget till klassiskt upphandlingsdirektiv medger och de önskemål som finns om att kunna beakta den enskildes särskilda behov och val vid upphandling av varor och tjänster.

²⁰⁵ Artikel 76 i det klassiska direktivförslaget. I andra punkten anges "Member States shall ensure that contracting authorities may take into account the need to ensure quality, continuity, accessibility, availability and comprehensiveness of the services, the specific needs of different categories of users, the involvement and empowerment of users and innovation. Member States may also provide that the choice of the service provider shall not be made solely on the basis of the price for the provision of the service."

Avrop i enlighet med den enskildes behov eller val får enligt de svenska förarbetena till LOU förekomma som ett undantag från en rangordning²⁰⁶ av leverantörerna. Om det gäller i förhållande till den avropsgrund som i förarbetena betecknas *annan objektiv fördelningsnyckel*²⁰⁷ är emellertid oklart. Upphandlingsutredningen tolkar EU-rätten – i ljuset av det nya skälet – på så vis att det inte föreligger någon hierarki mellan avropsgrunderna. Avsikten med det nya skälet är att förklara vad som avses med *objektiva villkor* i artikel 31.4 a) i det klassiska direktivförslaget. Upphandlingsutredningen bedömer att upphandlingsdirektiven kan tolkas på sådant sätt redan i dag vilket innebär att de svenska förarbetena begränsat utrymmet mer än nödvändigt (vilket går under beteckningen *gold-plating*). En annan kritik mot de svenska ramavtalsbestämmelserna är att den enskildes behov och önskemål endast får komma till uttryck vid upphandling av vård- och omsorgstjänster och endast i förhållande till vissa typer av varor som upphandlats på ramavtal som underskrider EU:s tröskelvärden. Även här bidrar det föreslagna skälet i det klassiska direktivförslaget till att klargöra rättsläget och det framkommer att det nationella handlingsutrymmet omfattar alla typer av varor och tjänster, oavsett värde, som är avsedda att användas av fysiska personer. Handlingsutrymmet är – i ljuset av det nya skälet – således större än vad som framkommer av de svenska förarbetena.²⁰⁸

Bör det nationella handlingsutrymmet utnyttjas?

Upphandlingsutredningen bedömning och förslag ska ses i ljuset av att målet med den offentliga upphandlingen enligt Upphandlingsutredningen bör vara den goda affären och där står servicen till medborgarna i fokus. När det offentliga upphandlar varor och tjänster som är avsedda att användas av enskilda är deras behov själva grunden till anskaffningen. Detta är givetvis en föga kontro-

²⁰⁶ Det framgår av den tidigare redogörelsen av gällande och föreslaget upphandlingsdirektiv för klassisk sektor att begreppet rangordning inte förekommer i de aktuella bestämmelserna. Begreppet har i stället kommit till i den tolkning som regeringen gjorde av EU-rätten i samband med att direktivet genomfördes i svensk rätt.

²⁰⁷ Begreppet *annan objektiv fördelningsnyckel* följer av förarbetena. Upphandlingsutredningen väljer dock att kalla avropsgrunden för *annan objektiv fördelningsgrund*.

²⁰⁸ I utredningens förslag innebär också ett slags *gold-plating* i förhållande till direktiven. Direktiven talar nämligen om *fysiska* och inte enskilda personer. Fysiska personer torde inbegripa en vidare personkrets. Vidare talar direktiven om behov och inte *särskilda* behov som utredningens förslag gör.

versiell slutsats. I situationer när flera ramavtalsleverantörer kan fylla behovet är det också rimligt att det föreligger en rangordning, eller annan typ av objektiv fördelningsgrund, som redogör för vilken leverantör som avroparen i första hand ska vända sig till.

Vid upphandling av ramavtal som avser varor eller tjänster som enskilda ska använda kan det emellertid vara svårt, och i vissa fall närmast omöjligt (se nästa avsnitt), att ställa upp krav och kriterier som gör det möjligt att beakta alla typer av särskilda behov som de enskilda kan tänkas ha. Ofta utgår man i grunden från en rangordning av leverantörerna och avropar från den högst rankade som kan erbjuda den aktuella produkten. Vid tillämpningen av en annan objektiv fördelningsgrund, som exempelvis kan vara en närhetsprincip eller volymfördelning²⁰⁹, saknas enligt svensk rätt en uttalad möjlighet att frånga avropsgrunden till förmån för den enskildes särskilda behov. Det bidrar enligt utredningen till rättlig oförutsägbarhet och en onödig risk för överprövningar.²¹⁰ Det i sin tur underminerar den goda affären. Upphandlingsutredningen anser att det av dessa skäl finns anledning att utnyttja det nationella handlingsutrymme som tydliggörs i det klassiska direktivförslaget.

Genom avropsgrunden – den enskildes val – möjliggörs i LOU²¹¹ en maktförskjutning från politiker och tjänstemän till enskilda, som ger ökad valfrihet och ökat inflytande. Förslaget har således ett tydligt medborgarperspektiv. Socialstyrelsen har, ur ett befolknings- och patientperspektiv, följt upp valfrihetssystem enligt LOV inom socialtjänsten och primärvården. Den allmänna slutsatsen är att medborgarna ser det som en fördel att kunna välja och att valmöjligheterna ger en känsla av egenmakt och frihet att bestämma.²¹² Utredningen bedömer att samma resultat skulle kunna följa av utvidgade möjligheter för den enskilde att välja inom ramen för LOU. Utredningens förslag medför ökade möjligheter att – inom ramen för ett upphandlingsförfarande – införa valfrihet för varor och tjänster som inte omfattas av LOV. Som exempel kan nämnas hjälpmedel, färdtjänst, måltidstjänster och vuxenutbildningar. LOU och LOV kommer därför att kunna komplettera

²⁰⁹ Under vissa förutsättningar har det enligt svensk rätt ansetts tillåtet att använda sig av volmfördelning. Se Förvaltningsrätten i Göteborg i mål nr 2580-11 E, 2614-11 E, 2676-11 E och Kammarrätten i Göteborg i mål nr 6541-6544-11.

²¹⁰ Notera dock tidigare refererat avgörande från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 7433-09.

²¹¹ LOV-reformen beskrivs på liknande sätt.

²¹² Socialstyrelsen 2012: Valfrihetssystem ur ett befolknings- och patientperspektiv.

varandra i syfte att erbjuda enskilda möjlighet att välja varor och tjänster.

Som utredningen beskriver i avsnitt 4.5.5 längre fram kan den föreslagna avropsgrunden – den enskildes val – bidra till att öka de berörda varornas och tjänsternas kvalitet. Det bygger på antagandet att de enskildas aktiva val leder till att ramavtalsleverantörerna får konkurrera om de enskilda medborgarnas gunst och därmed anstränger sig lite extra för att leverera god kvalitet. Vidare medför upphandling enligt LOU möjligheten att ställa och utvärdera kvalitetskrav och -kriterier och därefter ingå ramavtal med endast de leverantörer som tillhandahåller bäst kvalitet.

Det behövs flera olika alternativ att välja mellan för att valfriheten ska bli verklig. Alternativen bör samtidigt inte vara alltför många till antalet. Valfrihetssystem enligt LOV har i storstadsregionerna, i synnerhet beträffande hemtjänst, lockat ett väldigt stort antal utförare. Ett stort antal alternativ försvårar för den enskilde som ska välja och för den myndighet som ska följa upp de kontrakten. Att upphandla ramavtal enligt LOU innebär att antalet utförare begränsas och det bidrar, tillsammans med utredningens föreslagna avropsgrund, till att valet och uppföljningen av leverantörerna blir överskådligt och därmed inte alltför administrativt betungande. En fungerande uppföljning är, som utredningen konstaterar i avsnitt 3.4, grundläggande för god kvalitet.

Utredningen redovisar också i avsnitt 4.5.5 att den aktuella typen av avropsgrund kan komma att underlätta införandet av valfrihet för enskilda i glesbygd där LOV inte har fungerat. LOU och LOV kan därför enligt utredningen komplettera varandra med syftet att åstadkomma valfrihet för hela Sverige.

För att detta ska kunna förverkligas krävs, enligt utredningens bedömning, att den enskildes val får utgöra en – jämfört med rangordning och annan objektiv fördelningsgrund– jämställd grund för avrop.

Upphandlingsutredningens förslag

Avsikten med utredningens förslag är således att tydliggöra att enskildas val eller särskilda behov inte bara undantagsvis får utgöra grund för tilldelning av kontrakt, inom ett ramavtal med samtliga villkor fastställda. De är istället avropsgrunder som jämföras med rangordning eller annan objektiv fördelningsgrund. Det framgår av

utredningens förslag att enskildas val och särskilda behov kan kombineras med övriga avropsgrunder och vice versa. De föreslagna avropsgrunderna måste normalt kompletteras med en ytterligare avropsgrund som gäller när den enskilde inte kan eller vill välja eller när särskilda behov inte bedöms föreligga. Vilken slags avropsgrund eller vilka avropsgrunder som ska användas samt hur dessa kombineras ska anges i upphandlingsdokumenten. Det följer av transparensprincipen och tydliggörs i det klassiska direktivförslaget.²¹³

De föreslagna avropsgrunderna gäller enligt utredningens förslag oavsett typen av vara eller tjänst samt oavsett ramavtalets värde, dock under förutsättning att varan eller tjänsten är avsedd för enskilda personer.

Enligt Upphandlingsutredningen bidrar förslaget till att genomföra delar av direktivförslaget som kommer till uttryck i artikel 76. Bestämmelsen tydliggör som tidigare beskrivits att medlemsstaterna, beträffande bl.a. vård- och omsorgstjänster samt andra tjänster till personer, ska försäkra sig om att upphandlande myndigheter kan beakta bl.a. olika användarkategoriernas specifika behov, deltagande och egenmakt, när dessa tjänster upphandlas.

Innebörden av en professionell bedömning av den enskilda personens särskilda behov

Enligt Upphandlingsutredningens förslag bör LOU eller förarbetena speciellt tydliggöra att professionen, dvs. behandlande läkare, annan vård- eller omsorgspersonal, ansvarig socialtjänsteman eller annan utpekad profession som är satt att bedöma enskildas vård- eller omsorgsbehov, får avropa de varor och tjänster som bedöms nödvändiga för att tillgodose särskilda behov hos den enskilde.

Att i förarbeten till lagstiftningen ange alla typer av upphandlingar och situationer, när särskilda behov kan föreligga, uppfattar Upphandlingsutredningen som i det närmaste omöjligt. Exempelvis kan nämnas att sociala tjänster ofta upphandlas i form av ramavtal med ett stort antal utförare. Med sociallagstiftningens krav på att sätta individens behov i centrum innebär dock förarbetenas huvudprincip om rangordning ett problem. Det kan vara så att

²¹³ Artikel 32.4 första strecksatsen i det klassiska direktivet och artikel 31.4 a) i det klassiska direktivförslaget.

exempelvis placeringen av en ung person i ett visst hem för vård och boende (HVB-hem) inte är lämplig eftersom andra personer som placerats där kan ha en negativ inverkan på dennes rehabiliteringsmöjligheter. En ung person kan p.g.a. sin särskilda problematik också ha behov av att bo i ett HVB-hem på en viss ort.

Det framgår också av utredningens förslag att avrop som sker efter professionens bedömning av den enskildes särskilda behov kan kombineras med att den enskildes val beaktas. Valet av lämplig vara eller tjänst är inte sällan alltför komplicerat för den enskilde att själv genomföra och ett samspel mellan professionen och individen kan därför krävas. I vissa av dessa fall, exempelvis enligt hälso- och sjukvårds- samt sociallagstiftningen, är samspelet inför val av t.ex. behandlingsmetod lagstadgat och valet av en vara eller tjänst som ingår i behandlingsmetoden bör därför så långt möjligt ske i samråd med den enskilde.²¹⁴

Innebörden av den enskildes val

Upphandlingsutredningens förslag innebär också att upphandlande myndigheter ska kunna ge den enskilda personen, som varan eller tjänsten är avsedd för, ett huvudsakligt inflytande över valet utifrån det utbud som finns på det aktuella ramavtalet. I den mån den enskilde normalt kan göra valet på egen hand kan detta utgöra det huvudsakliga avropsgrunden.

Avropsgrunden ska också vara möjlig att tillämpa när enskilds vårdnadshavare, god man eller annan ställföreträdare har rätt att företräda och göra valet åt honom eller henne.

I sammanhanget bör nämnas att sådana vårdtjänster eller andra tjänster som är obligatoriska att upphandla inom ramen för ett valfrihetssystem enligt LOV inte omfattas av Upphandlingsutredningens förslag.

²¹⁴ 2 a § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), 6§ lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade och 3 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453). Det bör påpekas att det i dessa fall enligt gällande rätt föreligger viss uttalad möjlighet till avrop av tjänster och ibland också varor i enlighet med den enskildes behov och val.

Exempel på tjänster och varor som kan omfattas av enskildas val

Innan upphandlingen av den aktuella typen av ramavtal påbörjas måste den upphandlande myndigheten fråga sig om det finns ett naturligt intresse och en faktisk möjlighet för enskilda att välja den vara eller tjänst som är föremål för upphandlingen. Detta är nödvändigt eftersom inte alla varor eller tjänster lämpar sig för den enskildes val, dvs. inte ens om de ska användas av den enskilde.

Under utredningens utåtriktade arbete har det framförts olika förslag på tjänster som skulle kunna passa att överlåta till den enskilde att välja. Som exempel har nämnts färdtjänst för äldre och personer med funktionsnedsättning, hemtjänst och (annan) äldreomsorg, tolktjänster, vuxenutbildningar och arbetsmarknads-politiska åtgärder. Den aktuella typen av ramavtal skulle vidare kunna öka valfriheten för exempelvis tjänster till enskilda som har behov av måltidsservice i sitt hem eller i ett särskilt boende. I dessa fall skulle den upphandlande myndigheten kunna låta enskilda välja bland olika upphandlade leverantörer vars måltider uppfyller t.ex. vissa grundläggande krav på måltidernas innehåll som den upphandlande myndigheten uppställt.

Uttalade önskemål har också framförts om att enskildas val, ibland i kombination med professionens bedömning av enskildas behov, bör kunna omfatta i synnerhet hjälpmedel, t.ex. rollatorer, rullstolar, syn- och hörseltekniska hjälpmedel, hjälpmedel för att laga mat, äta och dricka samt av- och påklädning m.m. Detta är sannolikt möjligt i dag men enligt förarbetena begränsat till ramavtal som underskrider upphandlingsdirektivets tröskelvärden.²¹⁵

4.5.5 Särskilt om konsekvenser och åtgärdsförslag till följd av förslaget med avropsgrunden den enskildes val

Kan den föreslagna avropsgrunden – om ökade valmöjligheter för enskilda – påverka varornas och tjänsternas kvalitet?

Den upphandlande myndigheten ansvarar för kvaliteten

Upphandlingsutredningen bedömer att den föreslagna avropsgrunden kan bidra till att öka de berörda varornas och tjänsternas kvalitet. Det bygger dock på att enskilda i ökad utsträckning gör

²¹⁵ De olika hjälpmedel som skulle kunna omfattas av den enskildes val framgår av bl.a. av SOU 2011:77 *Hjälpmedel – ökad delaktighet och valfrihet*, s. 81.

aktiva val och – när det är möjligt – väljer bort, eller väljer om, när utfäst kvalitet inte tillhandahålls. För enskilda skulle därmed möjligheterna till bättre anpassade varor och tjänster öka. Det bör dock framgå att det av praktiska skäl – som har att göra med varans eller tjänstens beskaffenhet – och budgetmässiga skäl inte kommer att vara möjligt att erbjuda omval/byte av alla typer av varor och tjänster.

I sammanhanget är det viktigt att understryka att det yttersta ansvaret för den vara eller tjänst, som erbjuds via den aktuella typen av ramavtal, fortfarande ligger hos den upphandlande myndigheten som är huvudman för verksamheten. I den upphandlande myndighetens ansvar ingår att ställa krav på kvalitet samt att följa upp och kontrollera de utförare som har i uppdrag att utföra den offentliga verksamheten. Socialstyrelsen understryker i en rapport om äldreomsorgen att kommunernas uppföljningar är avgörande för att säkerställa att de äldre får en god vård och omsorg.²¹⁶ Detta konstaterande stämmer väl överens med Upphandlingsutredningens synsätt som redogörs för i avsnitt 3.4. Den upphandlande myndigheten kan inte befria sig från uppföljningsansvaret genom att hänvisa till att den enskilde kan byta bort en utförare eller en vara som han eller hon är missnöjd med. Myndigheterna har ett primärt ansvar för kvaliteten, inte minst mot bakgrund av att många enskilda brukare, p.g.a. ålder, sjukdom eller funktionshinder, har svårt att själva vara aktiva och informerade.

Det är den upphandlande myndigheten som ingår kontraktet med leverantören. Det är därmed myndigheten som ansvarar för att reklamera eventuella fel i varan eller brister i utförandet av en tjänst. Detta skiljer upphandlingar enligt LOU (eller LOV) från valfrihetslösningar som bygger på att den enskilde får en rekvisition på ett visst belopp för inköp av en viss typ av vara eller tjänst, t.ex. en peruk eller hörapparat, hos godkända leverantörer. I det senare fallet uppstår istället avtals- och ansvarsförhållandet mellan leverantören och den enskilde.²¹⁷

²¹⁶ Socialstyrelsen: *Kommunal eller enskild regi, spelar det någon roll? – en jämförelse av utförare av vård och omsorg om äldre*, 2012.

²¹⁷ Godkännandet kan visserligen dras in om leverantören bryter mot de regler som den bygger på. Men det är dock en annorlunda situation än när den upphandlande myndigheten är kontraktspart.

Alltför många alternativ försvårar valet och innebär en risk för kvaliteten

Enligt LOV får antalet leverantörer i ett valfrihetssystem inte begränsas. Sådana öppna system kan medföra både för- och nackdelar för den enskilde. Erfarenheten visar att många leverantörer betraktar vissa tjänster och vissa geografiska områden – i synnerhet storstadsregioner – som särskilt attraktiva. Ett tydligt exempel är Stockholms valfrihetssystem för hemtjänster. Det stora leverantörsintresset har lett till att brukarna i kommunen har närmare 200 utförare att välja mellan.²¹⁸ Socialstyrelsens utvärdering och beslutsteoretisk litteratur visar att när det förekommer ett stort antal alternativ ökar villrådigheten och den enskildes val försvåras.²¹⁹

Det torde också vara både svårt och resurskrävande för en kommun – i detta fall Stockholm – att administrera och följa upp flera hundra olika kontrakt. I en sådan situation kan man inte utesluta risken att opportunistiska leverantörer tar tillfället i akt och drar ner på kvaliteten i syfte att öka vinsten. En sådan utveckling skulle naturligtvis leda till nackdelar för den enskilde. Brukaren kan visserligen välja en annan leverantör.

Alltför låga volymer kan minska möjligheterna att upprätthålla kompetensen och därmed också kvaliteten. För vissa hälso- och sjukvårdstjänster, exempelvis operationer, finns risken att kvalitetsbrister uppstår när antalet utförare blir stort eftersom det får som konsekvens att volymen per utförare sjunker.

Ett ramavtal enligt LOU, som tar hänsyn till den enskildes val, möjliggör en ordning som ger enskilda ett överblickbart antal leverantörer att välja mellan. När den upphandlande myndigheten väljer ett sådant upplägg följer det nämligen av lagstiftningen att antalet leverantörer ska vara begränsat. Ramavtal med olika leverantörer ingås i princip vid ett och samma tillfälle och ytterligare leverantörer får därefter inte ansluta sig under avtalsperioden.²²⁰ Den upphandlande myndigheten har vidare möjlighet

²¹⁸ I Stockholms stad finns ungefär 30 procent av landets samtliga äldre personer som har hemtjänst eller särskilt boende i enskild regi. I Stockholms kommun undersökning om äldres uppfattning ingick totalt 98 enheter inom särskilt boende och 192 enheter inom hemtjänst. *Jämför Service i Stockholms stad 2011.*

²¹⁹ Socialstyrelsen: *Valfrihetssystem ur ett befolknings- och patientperspektiv*, 2012, s. 31. Hammond, Keeney och Raiffa, (2002), *Smart Choices – a practical guide to making better life decisions*. s. 189–191. Här diskuteras den s.k. status quo-effekten som innebär att människor i valsituationer tenderar att hålla fast vid nuläget, dvs. status quo. Status-quo-effekten förstärks när antalet möjliga alternativ ökar.

²²⁰ Detta tydliggörs i skäl 21 i föreslagna klassiska direktivet. OBS! att förslaget i denna del är föremål för förhandlingar.

att på förhand ange hur många leverantörer som man avser att teckna ramavtal med. Samtidigt som antalet leverantörer är begränsat vid ett ramavtal av detta slag måste antalet vara tillräckligt stort för att åstadkomma en verklig valmöjlighet för den enskilde. Upphandlingsutredningen utgår dock från att en enskild upphandlande myndighet, som väljer att tillämpa ramavtal med den aktuella avropsgrunden, inser vikten av att erbjuda flera alternativ.²²¹

Upphandlingsutredningen anser sammanfattningsvis att möjligheten att begränsa antalet utförare av olika tjänster paradoxalt nog kan underlätta den enskildes val. Samtidigt förenklas myndigheternas administration och uppföljning.

Vikten av att informera om alternativen när den enskildes val ska utgöra grund för avrop

Upphandlingsutredningens bedömning:

Det är viktigt att upphandlande myndigheter som väljer att, enligt utredningens förslag tillämpa ramavtal, där den enskildes val ska utgöra avropsgrund, informerar om valmöjligheten samt vilka varor och tjänster som han eller hon kan välja mellan. Informationens närmare utformning och omfattning bör anpassas till individen, situationen och den typ av vara eller tjänst som avses.

Med beaktande av den informationsskyldighet – som följer av 2 b § hälso- och sjukvårdslagen (HSL) samt föranleds av Hjälpmedelsutredningens förslag²²² om ändring av 2 b § HSL och Kommunallagsutredningens uppdrag – föreligger för närvarande inget behov av att föreslå en särskild informationskyldighet i LOU.

Det kan övervägas att införa bestämmelser om informationskyldighet i instruktionerna till de statliga myndigheter, t.ex. Arbetsförmedlingen, som kan komma att tillämpa den föreslagna avropsgrunden den enskildes val.

²²¹ I sammanhanget kan också konstateras att den aktuella typen av ramavtal, enligt förslaget till klassiskt upphandlingsdirektiv, får tillämpas när antalet är två eller flera.

²²² Utredningen om fritt val av hjälpmedel föreslår i betänkandet *Hjälpmedel – ökad delaktighet och valfrihet* (SOU 2011:77), att patenten ska ges individuellt anpassad information om de hjälpmedel som finns.

Upphandlingsutredningens förslag:

Lämplig myndighet ska utveckla och administrera ett metodstöd för hur upphandlande myndigheter kan tillhandahålla information om valmöjligheter till enskilda.

Viktigt att kunna göra informerade val – erfarenheter av LOV m.m.

Socialstyrelsen rapport om äldreomsorgen och LOV visar att möjligheterna att välja ofta upplevs som positiva. Brukarens val av varor eller tjänster bestäms dock av att han eller hon är medveten om valmöjligheten, har tillgång till och förstår informationen om alternativen och därtill har styrkan eller förmågan att aktivt välja.

Statskontoret har listat fem kriterier för vilken information den enskilde behöver för att kunna välja vård, skola och omsorg.²²³ Information måste finnas om

- att det finns en valmöjlighet,
- vad som händer om man inte väljer och hur omval går till,
- vilka utförare som finns att tillgå och vilka tjänster de erbjuder,
- skillnader och likheter mellan utförarna, samt
- olika kvalitetsaspekter.

Bristen på saklig, relevant och lättförståelig information anses vara ett stort problem när det gäller befolkningens och patienters möjligheter att utnyttja sin valfrihet inom vård och omsorg. Den stora utmaningen gäller framför allt tydliggörandet av kvalitetskillnaderna mellan de tjänster som olika utförare erbjuder.²²⁴

²²³ Statskontoret: *Vård, skola och omsorg. Vilken information behöver brukaren för att kunna välja?* rapport 2007:19, 2007.

²²⁴ Winblad, U & Andersson, C., *Vilken information behöver patienter och medborgare för att välja vårdgivare och behandling? Om patienters och medborgares behov av kvalitetsäkrad och lättillgänglig information*, Institutionen för folkhälso- och vårdvetenskap, Uppsala Universitet, 2011. Se även Socialstyrelsens synpunkter i *Valfritetsystem ur ett befolknings- och patientperspektiv* (2012).

Informationsskyldigheter som följer av lag m.m.

I LOV regleras att den upphandlande myndigheten ska lämna information till de potentiella brukarna om samtliga leverantörer som myndigheten tecknat kontrakt med inom ramen för valfrihets-systemet. Informationen ska vara saklig, relevant, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig.²²⁵

Enligt hälso- och sjukvårdslagen ska patienten ges individuellt anpassad information om bl.a. sina möjligheter att välja vårdgivare inom den offentligt finansierade hälso- och sjukvården.²²⁶ Vikten av att patienterna ska få tillgång till information som gör det möjligt att jämföra alternativen, lyftes särskilt fram i förarbetena till vårdvalsreformen.²²⁷ Patientmaktutredningen har nyligen föreslagit att denna informationsskyldighet ska regleras i en särskild patientlag i syfte att tydliggöra patienters rättigheter.²²⁸

Utredningen om fritt val av hjälpmedel (Hjälpmedelsutredningen) föreslog att patienten ska ges individuellt anpassad information om de hjälpmedel som finns att välja mellan. Förslaget innebär en precisering av HSL som enligt utredningen bör kunna vara en utgångspunkt för en ökad delaktighet vid val av hjälpmedel. Hjälpmedelsinstitutet föreslås därtill få i uppdrag att genomföra en informationsinsats om bl.a. den enskildes val av hjälpmedel.²²⁹ Hjälpmedelsutredningens förslag bereds för närvarande i Regeringskansliet.

Vidare har den nyligen tillsatta Kommunallagsutredningen till uppgift att överväga behovet av en generell reglering i kommunallagen som syftar till att ge medborgare tillgång till den information som behövs för att kunna välja utförare av kommunalt finansierad verksamhet. Uppdraget omfattar information inför valet av utförare av *tjänster*. I utredningens direktiv anges dock att det ur ett medborgarperspektiv är viktigt att regleringen av kommunernas och landstingens informationsskyldighet är heltäckande.²³⁰ Huruvida *varor*, som tillhandahålls medborgarna, kommer att ingå i utredningens arbete är dock för tidigt att säga.

²²⁵ 9 kap. 1 § LOV.

²²⁶ 2 b § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

²²⁷ Prop. 2008/09:74: *Vårdval i primärvården*.

²²⁸ I Patientmaktutredningens delbetänkande *Patientlag* (SOU 2013:2).

²²⁹ SOU 2011:77, s.125 ff.

²³⁰ Dir. 2012:105.

Hur bör informationen utformas och vad bör den omfatta?

Upphandlande myndigheter, som väljer att upphandla ramavtal, vilka tillåter enskilda att välja vara eller tjänst, bör enligt utredningens uppfattning lämna information om de varor eller tjänster som den enskilde kan välja mellan. Informationen, i synnerhet om olika hjälpmedel, kan lämnas genom exempelvis en kombination av skriftlig information och att den enskilde får prova olika alternativ. Informationen kan, när omständigheterna så kräver, också vara muntlig. Exempelvis kan det vara så att den enskilde, p.g.a. funktionshinder eller sjukdom, inte kan ta del av den skriftliga informationen som erbjuds. Vidare är det viktigt att informera om den enskilde får byta varan eller utförare av tjänsten och hur ett byte i sådant fall går till. Av informationen till den enskilde bör också, i fråga om varor, framgå vad som gäller vid ett eventuellt behov av service eller underhåll.

Som utgångspunkt bör information om valmöjligheterna vara saklig, relevant, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig. Sättet att lämna informationen får – och i det fall den omfattas av HSL ska – anpassas till individen. Informationens omfattning bör naturligtvis stå i rimligt förhållande till den vara eller tjänst som valet avser.

Bör en särskild bestämmelse om informationsskyldighet införas i LOU?

Upphandlingsutredningen anser att det saknas anledning att närmare reglera en skyldighet för kommuner och landsting att lämna information i anledning av den föreslagna avropsgrunden, den enskildes val, i LOU. Bedömningen görs mot bakgrund av befintliga regleringar i HSL och de pågående utrednings- och lagstiftningsarbeten som redovisats ovan. Det finns anledning att avvakta Kommunallagsutredningens förslag och utfallet av Hjälpmedelsutredningens förslag. Såvitt utredningen kan bedöma kan dessa utredningars förslag komma att täcka information om de allra flesta valsituationer som uppkommer i anledning av kommuners och landstings upphandling av ramavtal med den aktuella avropsgrunden. Kommuner och landsting står dessutom för merparten av de varor och tjänster som riktar sig till enskilda och som skulle kunna upphandlas på ramavtal med avropsgrunden den enskildes val.

Det ska dock inte uteslutas att också statliga myndigheter kan komma ifråga. Exempelvis har Arbetsförmedlingen rollen som huvudman för arbetsmarknadspolitiska åtgärder i form av ett antal tjänster som tillhandahålls enskilda. Några typer av tjänster omfattas av en lag som reglerar obligatoriska valfrihetssystem.²³¹ Andra arbetsmarknadspolitiska åtgärder, som tillhandahålls enskilda, får upphandlas enligt LOU eller en lag som reglerar frivilliga valfrihetssystem.²³² I båda LOV-fallen omfattas Arbetsförmedlingen av en informationsplikt. En liknande informationsplikt kan övervägas i exempelvis Arbetsförmedlingens instruktion²³³ eller för andra statliga myndigheter som tillhandahåller tjänster till enskilda. Upphandlingsutredningen har av tidsskäl inte närmare hunnit utreda behovet av att införa en informationsskyldighet vare sig i Arbetsförmedlingens eller i någon annan statlig myndighets instruktion.

En utmaning att lämna information om alternativen

Uppgiften att lämna information är tveklöst svår när det gäller att ge befolkningen ett bra underlag för att kunna göra välgrundade val. Den enskilda människans förmåga att fatta självständiga beslut begränsas till exempel vid sjukdom eller bristande kognitiv förmåga. Den information som erbjuds kan, särskilt för den som har omfattande behov av vård och omsorg, vara svår att finna och ta del av.

LOV-utredningen har i uppdrag att bl.a. inventera och analysera behovet av stödinsatser för personer och deras anhöriga som på grund av vissa medicinska diagnoser har svårt för att göra egna välgrundade val. Detsamma gäller stödinsatser till personer som är 65 år eller äldre och har omfattande nedsättningar i sitt funktions-tillstånd till följd av åldrande, skada eller sjukdom. LOV-utredningen ska även ta fram en vägledning som visar på metoder för hur informationen kan göras tillgänglig för personer med hörsel- eller synnedsättning. Resultatet av LOV-utredningens arbete kommer sannolikt att kunna användas också vid information om valmöjligheter som kan följa av den avropsgrund som Upphandlingsutredningen föreslår.

²³¹ Lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare.

²³² Lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

²³³ Förordningen (2007:1030) med instruktion för Arbetsförmedlingen.

Upphandlingsutredningen ger också sitt stöd till Hjälpmedelsutredningens förslag som syftar till att Hjälpmedelsinstitutet får i uppdrag att genomföra en informationsinsats om möjligheten att välja hjälpmedel bl.a. med stöd av den föreslagna ändringen i HSL.²³⁴

Samtidigt kommer LOU, jämfört med de tjänster som omfattas av LOV och Hjälpmedelsutredningens förslag, att även kunna omfatta andra typer av tjänster och därtill varor. Det innebär att de upphandlande myndigheterna behöver ta fram information, om de varor och tjänster som omfattas av ramavtalen, som syftar till att möjliggöra den enskildes val. Även detta torde vara en utmaning.

Upphandlingsutredningen anser det finns behov av att underlätta de upphandlande myndigheternas arbete att ge enskilda nödvändiga och tillgängliga beslutsunderlag. Utredningen föreslår därför att lämplig myndighet ska ges i uppgift att utveckla och administrera ett metodstöd för hur upphandlande myndigheter kan tillhandahålla information om valmöjligheter vid ett valfrihetsförfarande enligt LOU. Uppdraget bör omfatta vägledning om hur informationen, om varor och tjänster som inte omfattas av LOV-utredningens uppdrag, kan göras tillgänglig för relevanta målgrupper. Sådant metodstöd kan bl.a. ge exempel på hur man utformar informationsstrategier och beskriva olika tekniska hjälpmedel som kan användas för att ge beslutsunderlag till olika målgrupper i syfte att tillgängliggöra alternativen och underlätta deras val.

²³⁴ SOU 2011:77, s. 128 f.

För att möjliggöra den enskildes val behövs en mångfald av leverantörer, varor och tjänster

Upphandlingsutredningens bedömning:

Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten ange hur de personer, som inte vill eller kan välja, dvs. icke-väljarnas, behov av den aktuella varan eller tjänsten ska tillgodoses.

Upphandlingsutredningens förslag:

Det samordnade upphandlingsstödet ansvarar för att vägledning tas fram till de mindre företagen och icke-vinstsyftande organisationerna som tydliggör förutsättningarna att delta i upphandlingar av ramavtal enligt LOU, med avropsgrunden den enskildes val, respektive valfrihetssystem enligt LOV.

Det samordnade upphandlingsstödet ansvarar för att utveckla och administrera en vägledning till upphandlande myndigheter som syftar till att visa hur de kan underlätta för mindre företag och icke-vinstsyftande organisationer att delta i upphandlingar av ramavtal med avropsgrunden, den enskildes val.

För att en enskild ska kunna välja utförare av en tjänst eller vara – och för att valet ska framstå som meningsfullt – måste det finnas mer än ett alternativ att välja mellan. Det behövs alternativa tjänstutförare men också alternativa utformningar av tjänsterna. Ett fungerande val av varor kräver givetvis också att den enskilde kan välja mellan olika varor med motsvarande eller snarlik funktion. Upphandlingsutredningen anser att mindre företag och organisationer som drivs utan vinstsyfte i sammanhanget är viktiga aktörer som kan bidra till mångfalden.

Fördelningen av icke-väljarna

Valet kan som nämnts vara svårt att göra och det finns människor som inte vill eller kan välja. I de kommuner som hade valfrihetssystem enligt LOV i drift under 2009 och 2010 var det nästan 80 procent av brukarna som inte valt extern utförare.²³⁵ De upp-

²³⁵ Konkurrensverket, *Kommunernas valfrihetssystem – så fungerar konkurrensen*, rapport 2012:1, s. 36. De externa utförarnas andel av hemtjänsttimmarerna i de kommuner som infört valfrihetssystem enligt LOV uppgick 2011 enligt Konkurrensverket till 33 procent.

handlande myndigheter som infört ett valfrihetssystem är skyldiga att tillhandahålla ett ickevalsalternativ. Inom LOV är den upphandlande myndighetens egenregiverksamhet oftast ickevalsalternativet. Det har mött en del kritik då det anses bl.a. kunna gå ut över mångfalden av utförare.

Upphandlingsutredningen har all anledning att tro att "icke-väljare" även kommer att finnas när ramavtal upphandlats enligt LOU. Av det nu gällande och föreslagna klassiska upphandlingsdirektivet följer dock att avropsgrunden (i direktivförslaget "de objektiva villkoren") ska framgå av upphandlingsdokumentet²³⁶. Det innebär att den grund ska anges som gäller för tilldelning av varor eller tjänster till icke-väljarna. Den alternativa tilldelningsgrunden kan vara i enlighet med rangordning eller annan objektiv grund som exempelvis vid vård- och omsorgstjänster, en närhetsprincip, i förhållande till medborgarens bostad. Valet av lämplig alternativ tilldelningsgrund beror i den enskilda upphandlingen på en mängd faktorer såsom föremålet för upphandlingen, marknadens struktur, målgruppen för tjänsten etc.²³⁷

Att låta myndighetens egen verksamhet ta hand om en icke-väljare torde bara förekomma i fråga om tjänster. Det innebär emellertid inte en tilldelning av ett kontrakt inom ramavtalet. Den upphandlande myndigheten kan nämligen inte rent juridiskt ingå kontrakt med sig själv. Utredningen anser att de upphandlande myndigheterna själva måste avgöra i vilken mån den egna regin ska vara ett ickevalsalternativ. Frågeställningen torde främst bli aktuell vid tjänster. Det finns dock goda skäl till att de upphandlande myndigheterna behåller åtminstone en viss del av verksamheten i egen regi. Myndigheterna ansvarar oftast för att tjänsten faktiskt tillhandahålls och att bedriva viss del av verksamheten i egen regi bådar enligt utredningen för att myndigheten har kompetens att upphandla den aktuella tjänsten.

Utredningen utgår från att den upphandlande myndighet som väljer den föreslagna avropsgrunden, den enskildes val, överväger vilken inverkan på mångfalden av utförare som den valda fördelningsmodellen för icke-väljare kan antas medföra.

²³⁶ Begreppet upphandlingsdokument definieras i artikel 2.15 i det klassiska direktivförslaget.

²³⁷ Se exempelvis Vägledning: Ramavtal och avrop, Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, 2012:5, s. 35.

Kan Upphandlingsutredningens förslag underlätta för småföretagen?

Enligt gällande upphandlingslagstiftning kan enskildas val endast under särskilda förutsättningar beaktas inom ett ramavtal när det rör sig om ramavtal för varor som överskrider tröskelvärdena eller andra tjänster än vård- och omsorgstjänster. De upphandlande myndigheterna försöker ofta ändå åstadkomma valfrihet för sina medborgare och det är i dag fullt tillåtet, åtminstone när valet sker bland varor och tjänster *inom* en enskild leverantörs *kontrakt*.²³⁸ Detta har sannolikt bidragit till att de upphandlande myndigheterna valt att upphandla s.k. fullsortimentleverantörer. Upphandlingsutredningen bedömer att detta behov minskar om och när enskilda tillåts att – inom ramavtalet – välja mellan *olika* leverantörers varor och tjänster. I så motto kan Upphandlingsutredningens förslag – i kombination med att företagen tillåts lämna anbud på delkontrakt – komma att underlätta för mindre företag och andra organisationer med begränsade sortiment att delta i de aktuella ramavtalsupphandlingarna.

Den föreslagna avropsgrunden – den enskildes val – kan underlätta valfrihet i glesbygd

LOV-reformen har till största delen attraherat mindre företag även om de regionala skillnaderna är stora. Tjugotalet kommuner har dock valfrihetssystem som helt saknar entreprenörer.²³⁹ Det är framför allt i glesbygdskommuner som det är brist på leverantörer. Det saknas förvisso en samlad bild av de bakomliggande orsakerna till denna utveckling. Men en delförklaring skulle enligt Upphandlingsutredningen kunna vara att företagen har svårt att bedöma riskerna med en etablering. Med det avses att ett företag någorlunda kan förutse i vilken omfattning tjänsten efterfrågas men att det är svårt att överblicka konkurrenssituationen under tillräckligt lång tid för att en etablering ska anses vara tillräckligt lönsam. En enda ny konkurrent kan vara det som sänker ett mindre företag när efterfrågan är begränsad, marginalerna små och expansionsmöjligheterna få. Inom LOV får den upphandlande myndigheten som tidigare nämnts inte sätta något tak för hur många utförare som får verka inom ett område. Vid ramavtal enligt LOU är det däremot

²³⁸ Som beskrivits i avsnittet kan valfrihet åstadkommas även på andra sätt.

²³⁹ Tillväxtverket och Tillväxtanalys: *Kunskapsutveckling om entreprenörskap inom vård och omsorg – delrapport*, 2012.

inte bara en möjlighet, utan också en skyldighet, att begränsa antalet leverantörer.

Vid upphandling enligt LOU får den upphandlande myndigheten – till skillnad mot för LOV – använda sig av ersättningsmodeller som ger exempelvis en grundläggande kostnadstäckning. Det går till på sådant vis att den upphandlande myndigheten fixerar priset i en upphandling av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Det slutliga valet av vara eller tjänst sker sedan utifrån t.ex. tilldelningskriterier som premierar olika former av kvalitet. Det kan underlätta etableringen inte, minst av mindre företag och icke-vinstsyftande organisationer, i glesbygd där risken i ett valfrihetssystem enligt LOV bedömts vara alltför hög.

Upphandlingsutredningen föreslår att vägledning tas fram som klargör skillnaderna mellan LOU och LOV för deltagande leverantörer

I remissvaren på delbetänkandet har några instanser efterlyst vad ett ”valfrihetsförfarande” enligt LOU skulle innebära för skillnader jämfört med valfrihetssystem enligt LOV. I det följande redovisas några av de viktigaste skillnaderna.

Den mest uppenbara skillnaden är att LOV omfattar vissa typer av tjänster, inom vård- och omsorg, samt arbetsmarknadspolitiska åtgärder, medan utredningens förslag omfattar alla typer av varor och tjänster som är avsedda för enskilda personer.

Under utredningsarbetet har ofta framförts att valfrihetssystem inom ramen för LOV markant underlättat för mindre företag att konkurrera om olika offentliga kontrakt. Även icke-vinstsyftande organisationer inom vård- och omsorgssektorn har förklarat sig positiva till valfrihetssystemen enligt LOV.²⁴⁰ En anledning är sannolikt möjligheten att företagen/organisationerna, kontinuerligt under systemens löptid, får ansöka om att delta. Någon motsvarande möjlighet finns inte vid upphandling av ramavtal enligt LOU. I och med att ramavtalet tecknas stängs den aktuella marknaden under avtalstiden. Det är däremot möjligt för de upphandlande myndigheterna att, vid genomförande av upphandlingen, ge tillräckligt långa tidsfrister för att lämna anbud så att även mindre resursstarka och vana anbudsgivare har en rimlig chans att delta.

Mindre företag och organisationer utan vinstsyfte har ofta svårt att konkurrera med stora företag när priset är den avgörande

²⁴⁰ Famna, Skrivelse till Upphandlingsutredningen, 18 april 2011, dnr Fi2010:06/2010/15.

faktorn. Många mindre företag och icke-vinstsyftande organisationer anser att mångfalden riskerar att gå förlorad om upphandlande myndigheter väljer att låta priset vara avgörande vid valet av leverantör. Upphandlingsutredningen vill därför i sammanhanget peka på att, den upphandlande myndigheten som väljer att anta de anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga, har möjlighet att fixera priset för de varor eller tjänster som ramavtalet avser. I det klassiska direktivförslaget anges detta uttryckligen.²⁴¹ Fastställda priser – förutsatt att de är rimliga i förhållande till den tjänst eller vara som ska levereras – flyttar enligt utredningen fokus från pris till kvalitetskonkurrens. Detta är något som efterfrågas inte minst av mindre företag och organisationer utan vinstsyfte.

Vidare torde den relativt låga kravnivån, även om den varierar mellan olika typer av tjänster och upphandlande myndigheter, i valfrihetssystem enligt LOV underlätta i synnerhet för småföretagen att sälja sina tjänster. Detta ger, enligt dem själva, större utrymme att profilera sin särart. Det finns dock inget juridiskt hinder mot att de upphandlande myndigheterna, vid upphandling av de aktuella ramavtalen, utgår från samma kravnivå som de skulle ha använt vid upphandling enligt LOV. Ramavtalet ska dock tilldelas de leverantörer som antingen lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med eller utan fixerat pris) alternativt de anbud som har lägst pris. Medan LOV tillåter alla leverantörer, som klarar kraven, att delta i valfrihetssystemet kan ramavtal enligt LOU begränsas till de leverantörer vars varor och tjänster bäst uppfyller ställda kvalitetskrav och -kriterier.

Den aktuella typen av ramavtal enligt LOU och LOV:s valfrihetssystem skiljer sig således åt på några viktiga punkter. Detta kan komma att leda till förvirring och osäkerhet bland potentiella leverantörer om vad som gäller i det ena eller andra fallet. Upphandlingsutredningen anser därför att det samordnade upphandlingsstödet ska ansvara för att ta fram information till företag och icke-vinstsyftande organisationer som belyser förfarande enligt LOV och vad som gäller vid avrop – utifrån den enskildes val – inom de aktuella ramavtalen enligt LOU.

²⁴¹ Artikel 66.2 andra stycket.

Kan en tilldelning i enlighet med den enskildes val eller behov bli föremål för överprövning?

En farhåga som lyfts är om avrop som skett i enlighet med enskilds behov eller val kan bli föremål för överprövning. Det föreligger mycket begränsade möjligheter att begära överprövning av kontrakt som slutits inom ramavtal där samtliga villkor är fastställda.²⁴² Regeringen uttalade i förarbetena till LOU

Om någon förnyad konkurrensutsättning inte sker, har [...] de leverantörer som är parter i ramavtalet inte längre ställning av anbudsgivare eller anbudssökande; någon ytterligare anbudsgivning har ju inte skett. En rimlig tolkning kan därför vara att någon underrättelse-skyldighet inte föreligger i dessa fall.²⁴³

Det är skyldigheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet som utlöser avtalsspärren.²⁴⁴ Utlöses ingen avtalsspärr står det således den upphandlande myndigheten fritt att sluta enskilda kontrakt inom ett ramavtal. En eventuell begäran om överprövning ska avvisas om kontrakt är slutet.²⁴⁵ Det utsläcker domstolens möjligheter att pröva tilldelningen. Överprövning av en upphandling får nämligen inte ske efter det att kontraktet har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Utan underrättelse om kontraktstilldelningen föreligger endast en teoretisk möjlighet för leverantören att begära överprövning. Upphandlingsutredningen bedömer därmed att kontrakt, som har tilldelats i enlighet med den enskildes val eller behov, inte kommer att bli föremål för överprövning annat än i yttersta undantagsfall. Därtill kan sägas att det vore i grunden märkligt om en enskilds val i dessa sammanhang skulle kunna ifrågasättas i en överprövning.

Upphandlingen av ramavtalen omfattas givetvis av LOU:s rättsmedel.

²⁴² Däremot kan upphandlingen av själva ramavtalet bli föremål för prövning enligt 16 och 17 kap. LOU.

²⁴³ Prop. 2006/07:128, s. 165.

²⁴⁴ 16 kap. 1 § LOU.

²⁴⁵ 16 kap. 6 § andra stycket LOU.

Strategisk vägledning som hjälper upphandlande myndigheter att välja mellan LOU och LOV

Upphandlingsutredningens förslag:

Det samordnade upphandlingsstödet ansvarar för att ta fram vägledning som ger upphandlande myndigheter stöd i strategiska vägval vid införandet av valfrihet för enskilda när det gäller olika typer av varor och tjänster. Vägledningen bör lämpligen integreras i det produktkategoristöd som föreslås i avsnitt 3.4.2.

Av detta och tidigare kapitel framgår att den upphandlande myndigheten har flera strategiska överväganden att göra i syfte att åstadkomma en *god affär*. Myndigheter som vill införa valfrihet för enskilda behöver fatta beslut om hur det ska ske. Som utredningen föreslagit ska valfrihet kunna åstadkommas genom den föreslagna avropsgrunden – den enskildes val – vid upphandling av ramavtal enligt LOU, i ett valfrihetssystem enligt LOV eller genom att enskilda får en rekvisition att använda för att köpa varor eller tjänster från godkända leverantörer etc. Det har i sammanhanget efterlysts vägledning om huruvida det är tillåtet och lämpligt att kombinera olika typer av valfrihetslösningar. Exempelvis har Hörselskadades riksförbund visat på de ekonomiska effekterna för hjälpmedelsanvändare när landsting har kombinerat upphandling av hörselhjälpmedel med ett separat system med godkända leverantörer till vilken brukarna får vända sig med rekvisitioner. En annan frågeställning som lyfts är lagligheten och lämpligheten i att kombinera LOU- och LOV-upphandlingar för samma typ av tjänst.

Vilket val som är lämpligast hänger samman med bl.a. varans eller tjänstens beskaffenhet, om LOV är obligatorisk, målgruppen för varan eller tjänsten, målgruppens behov, hur konkurrens- och marknadsförhållandena i den upphandlande myndighetens upptagningsområde ser ut, myndigheten resurser m.m. Dessa förhållanden kommer att i någon mån variera från myndighet till myndighet.

5 Prövningen av upphandlingsmål

5.1 Inledning

En av de mest diskuterade frågorna i samband med utredningens utåtriktade verksamhet har varit det stora antalet upphandlingar som blir föremål för överprövning. Problem som lyfts fram har varit de långa handläggningstiderna samt den allmänna osäkerhet som skapas i processen, både för upphandlande myndigheter och leverantörer, genom risken att bli överprövad.

Det har påpekats att långa handläggningstider inte sällan leder till svårigheter för offentlig sektor att leva upp till de lagar som kräver att vissa varor och tjänster tillhandahålls allmänheten. När en upphandling överprövas stoppas den nämligen regelmässig. Kontraktet kan därmed inte genomföras, vilket i sin tur medför att upphandlande myndigheter tvingas välja vilken lagstiftning de ska följa respektive bryta mot. Som regel framstår allmänintresset, exempelvis medborgarnas behov av vaccin, skolskjutsar, skolmat eller myndigheternas behov av fungerande telefonväxlar, som långt viktigare än att följa upphandlingsregelverket.

När en upphandling blivit överprövad och stoppad är de upphandlande myndigheterna ofta tvingade att genomföra en direktupphandling för att täcka behoven under den pågående överprövningen. Sådana upphandlingar riskerar i sin tur att bli stoppade i en ny överprövning eller föremål för en talan om ogiltighet eftersom det i princip är otillåtet att göra denna typ av direktupphandlingar. Dessa förhållanden har skapat stor frustration hos upphandlande myndigheter och leverantörer. Liknande problematik gäller i viss mån även upphandlande enheter inom försörjningssektorerna.

I de följande avsnitten redogörs för delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter, de olika problemställningarna och möjliga lösningar på dessa diskuteras framförallt utifrån den Målutred-

ningens s.k. verktygslåda. I avsnitt 5.4 presenteras en ny lösning som benämns temporär upphandling. Avsnitt 5.5 introducerar ett alternativt sätt för parter att lösa strukturella problem i stället för att mötas i en överprövningsprocess.

5.1.1 Delbetänkandet och remissinstansernas synpunkter

I delbetänkandet presenterades de erfarenheter som många upphandlande myndigheter och företag har från överprövningsprocessen. Det gavs en kortfattad beskrivning av rättsmedlen och domstolsorganisationen samt en redogörelse för bl.a. antalet överprövningar och handläggningstider. Vidare redogjordes för de uppskattade kostnaderna i samband med domstolsprövningen. Följande problemområden lyftes särskilt fram som utredningen borde arbeta vidare med:

- långa handläggningstider,
- motstridig och ifrågasatt rättspraxis,
- risken för överprövning medför att många myndigheter tenderar att gå in för val av ”säkra” alternativ med suboptimering som följd, samt
- risken att myndigheternas verksamhet lamlås i samband med överprövningar.

I stort sett samtliga remissinstanser delade den problembild som beskrivs i delbetänkandet och var positiva till att Upphandlingsutredningen hade för avsikt att vidare analysera de problem som framkommit i delbetänkandet och föreslå förbättringsåtgärder.

Intressenterna förde fram en rad olika förslag. De har rört inrättandet av en specialdomstol alternativt en koncentration av upphandlingsmålen till vissa förvaltningsdomstolar. Ett annat förslag gällde möjligheten att inrätta ett speciellt forum, exempelvis en förvaltningsmyndighet, som första instans i stället för förvaltningsdomstol. Många intressenter förordade att Sverige borde införa en klagonämnd enligt dansk modell. Andra ansåg att domstolarnas ledamöter borde ha särskild kompetens inom upphandlingsområdet. Ett flertal uttryckte att det bör finnas en möjlighet att direktupphandla de varor och tjänster som behövs under den tid

som en överprövningsprocess pågår. Det har också förts fram krav på en översyn av reglerna om så kallad förlängd avtalsspärr.

Flera enskilda upphandlare och företrädare för leverantörer m.fl. ansåg att regeringen återigen borde pröva möjligheten att införa en bestämmelse om preklusionsfrist, dvs. en begränsning i möjligheterna att föra talan om eventuella fel i förfrågningsunderlaget efter en viss tidpunkt. Upphandlingsutredningen konstaterade dock att frågan om rättsmedelsbestämmelserna inte ingår i utredningens uppdrag och att frågan om ändrade preklusionsregler därför inte skulle bli föremål för utredningens fortsatta arbete.¹

5.1.2 Bestämmelser om överprövningar

Två olika rättsmedelsdirektiv syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna efterlevs – ett för den klassiska sektorn² och ett för försörjningssektorerna.³ Rättsmedelsdirektiven har genomförts i svensk rätt genom bestämmelserna om överprövning m.m. som finns i 16 kap. LOU respektive LUF. Ett direktiv om ändring av de båda rättsmedelsdirektiven (ändringsdirektivet) genomfördes i svensk rätt och trädde i kraft den 15 juli 2010.⁴

I Sverige prövas upphandlingsmål av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Den 15 februari 2010 trädde en ny organisation av förvaltningsdomstolarna i första instans i kraft. Antalet domkretsar minskade från 23 till 12. Syftet med reformen var att skapa en långsiktigt hållbar organisation.⁵

En ansökan om överprövning ska ges in till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sitt hemvist.⁶ Detta innebär att upphandlingsmålen sprids på de tolv förvaltningsrätterna i förhållande till det antal upphandlande myndigheter och enheter som finns inom varje förvaltningsrätts

¹ Se avgränsningen i avsnitt 1.3.

² Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet).

³ Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet).

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

⁵ Prop. 2008/09:165, *En långsiktigt hållbar organisation för de allmänna förvaltningsdomstolarna i första instans*.

⁶ 16 kap. 5 § LOU och LUF.

domkrets. Detta innebär att de förvaltningsrätter som har ett stort antal upphandlande myndigheter och enheter inom sin domkrets också får störst antal upphandlingsmål. Exempelvis hade Förvaltningsrätten i Stockholm 638 av totalt 2 754 inkomna upphandlingsmål i landet år 2011, dvs. nästan en femtedel av målen.

Enligt lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar är förvaltningsrätten domför med en domare ensam vid upphandlingsmål.⁷ Av förvaltningsrätternas arbetsordningar framgår att upphandlingsmål behandlas som förtursmål. Det stämmer väl med yttranden från EU-domstolen som understryker att medlemsstaterna ska säkerställa att överträdelse av direktiven kan korrigeras, och att fattade beslut ska kunna prövas så skyndsamt som möjligt och på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Detta till trots har det riktats omfattande kritik mot de långa handläggningstiderna.

Hur många är upphandlingsmålen?

En omdiskuterad fråga är mängden upphandlingsmål. Under 2010 inkom 3 571 upphandlingsmål till förvaltningsrätterna. År 2011 var siffran 2 754. Samtidigt ökade antalet annonserade upphandlingar under samma period med 3 procent från 18 275 till 19 314.⁸ Antalet upphandlingsmål är dock inte detsamma som antalet enskilda upphandlingar som blir föremål för överprövning. En upphandling som överprövas kan resultera i flera olika mål beroende på om det är flera anbudsgivare som begär överprövning eller om det rör sig om en samordnad upphandling med flera upphandlande myndigheter eller enheter.⁹ Detta gör att antalet överprövningsmål är väsentligt större än antalet upphandlingar som överprövats. Konkurrensverket har dock i sitt arbete med upphandlingsstatistik tagit fram

⁷ 18 § fjärde stycket femte punkten lagen om allmänna förvaltningsdomstolar. Regeringen motiverade införandet av ensamdomarbehörigheten i upphandlingsmål enligt följande: "En annan kategori av mål som normalt kräver snabba åtgärder är mål om offentlig upphandling. Den tid som står länsrätten till buds för att handlägga sådana mål är ofta mycket knapp. Även i dessa mål, som inte sällan har EG-rättsliga aspekter, bör enligt promemorian, nämndemannamedverkan i normalfallet kunna undvaras." (Prop. 1996/97:133, s. 48).

⁸ Siffrorna i detta avsnitt är hämtade från: Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – statistik om upphandlingar som genomförts under 2011*, Rapport 2012:6. Jämfört med 2009 har antalet annonser ökat med 12 procent.

⁹ Ansökningar om överprövningar av en samordnad upphandling kan ske i flera domstolar. I dessa fall kan domstolarna enas om att *en* domstol ska hantera samtliga ansökningar. Målet avslutas då genom avskrivning vid den domstol där det först kom in och ett nytt mål öppnas vid den nya domstolen.

uppgifter på hur många upphandlingar som blivit överprovade. Dessa siffror visar att de 3 571 målen som kom in till förvaltningsrätterna under 2010 rörde 1 237 annonserade upphandlingar, vilket motsvarar 7 procent av alla annonserade upphandlingar. För år 2011 rörde överprovningarna sammanlagt 1 320 annonserade upphandlingar, vilket även för detta år motsvarar 7 procent av det totala antalet.¹⁰

Hur långa är handläggningstiderna?

Den genomsnittliga omloppstiden i förvaltningsdomstolarna, uppgick för 2011 till två månader enligt Domstolsverket statistik.¹¹ Av denna statistik går det dessvärre inte att separera upphandlingsmål som prövats i sak från mål som avskrivs, pga. av att de exempelvis kommit in för sent, till fel domstol eller av andra orsaker. Av siffror som Konkurrensverket tagit fram framgår att 21 procent av antalet inkomna upphandlingsmål inte prövas i sak, utan avskrivs.¹² Målen avskrivs i regel omedelbart när domstolen funnit att ansökan om överprovning inte ska prövas. Den faktiska handläggningstiden för mål som prövats i sak torde därför vara betydligt längre än den medeltid som framgår av statistiken.¹³

Cirka en tredjedel av målen överklagas till kammarrätten. Handläggningstiden för prövningstillstånd i kammarrätterna var i snitt 0,7 månader under 2011. De mål som beviljades prövningstillstånd hade därefter en genomsnittlig handläggningstid på 2,6 månader från det att prövningstillstånd beviljats till dess att målet avslutats.

Handläggningstiden för prövningstillstånd var även för Högsta förvaltningsdomstolen i genomsnitt 0,7 månader. Ett ärendes handläggning, sedan prövningstillstånd beviljats, var i snitt 4,2 månader – en total handläggningstid i högsta instans på 4,9 månader.

Förutom domstolarnas handläggningstider tillkommer tiden från det att en domstol har fattat ett slutligt beslut till dess att det överklagas, som regel två till tre veckor i respektive instans. Det innebär en handläggningstid på sammanfattningsvis drygt fem

¹⁰ Första halvåret 2012 hade 4,7 procent av alla upphandlingar överprovats.

¹¹ Den av Domstolsverket redovisade handläggningstiden för upphandlingsmål i Sverige är enligt utredningens efterforskningar kortare än i våra nordiska grannländer. Bilaga 10 innehåller en redogörelse för hur överprovningarna har organiserats i Norge, Danmark och Finland.

¹² Konkurrensverket, Rapport 2012:6, s. 47.

¹³ Enligt Konkurrensverket fick leverantörerna bifall till sin talan i 31 procent av målen och avslag i 48 procent. Rapport 2012:6, s. 46.

månader vid en tvåinstansprövning och cirka tio månader vid en prövning i tre instanser.¹⁴ När hänsyn tas till att ett icke oväsentligt antal överprövningar avskrivs direkt torde den genomsnittliga handläggningstiden i själva verket vara längre än så.

Är det befogat att klaga på handläggningstiderna?

Ett mycket allvarligt problem på myndighetsnivå vid överprövningar är att upphandlingen stoppas upp. I dag inträder en avtalsspärr, dvs. ett förbud för den upphandlande myndigheten eller enheten att teckna avtal med vinnande leverantör, under tio dagar.¹⁵ När en leverantör ansöker om överprövning fortsätter avtalsspärren automatiskt under prövningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).¹⁶ Detta innebär att inget avtal tecknas under denna tid.

Bestämmelserna har utformats så att domstolen inte kan pröva ett mål om avtal redan har tecknats. Av den anledningen har Sverige valt förlängd avtalsspärr under hela handläggningen i förvaltningsrätten. Anledningen till denna lösning är enligt förarbetena, att man inte ansåg att det vore tillfredställande att domstolen kunde upphäva civilrättsligt bindande kontrakt.¹⁷ Detta argument har nu förlorat i kraft efter de nya reglerna om ogiltigförklaring av avtal som infördes den 15 juli 2010. Av de nordiska länderna är det bara Sverige som valt att implementera rättsmedelsdirektiven på detta sätt, dvs. som hindrar domstolarna från att pröva en upphandling i sak efter det att kontrakt tecknats.

¹⁴ Vid en diskussion om långa handläggningstider är det också viktigt att ha i åtanke att det är parterna som i hög grad styr processen och genom sitt agerande i densamma därmed själva orsakar att målets handläggning drar ut på tiden.

¹⁵ 16 kap. 1 § LOU respektive LUF.

¹⁶ 16 kap. 8 § LOU respektive LUF.

¹⁷ 16 kap. 13 § LOU respektive LUF. Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, s. 101. Bestämmelserna är en tillämpning av artikel 2.3, 2.4 och 2.6 i direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling. I artikel 2.6 anges att medlemsstaterna får begränsa en domstols behörighet att ingripa efter att upphandlingskontrakt slutits, till att besluta om skadestånd till den som har lidit skada av överträdelsen.

Stoppen orsakar effektivitetsförluster...

Riskerna för överprövning leder till problem både för myndigheter och för leverantörer. Erfarenheterna visar att vissa leverantörer, särskilt mindre företag, avstår från att lämna anbud enbart på grund av den osäkerhet som råder. För myndigheterna består risken främst i att upphandlingen stoppas, varvid verksamheten kan lamslås. En upphandling som drar ut på tiden orsakar effektivitetsförluster och kan därmed leda till ekonomiska förluster. Det är t.ex. sannolikt att priset på den efterfrågade varan eller tjänsten blir högre eftersom leverantörerna kompenserar sig för den osäkerhet som risken för en utdragen process medför.

...och flyttar fokus från den goda affären

Erfarenheterna visar att många upphandlande myndigheter och enheter upplever offentlig upphandling mer som en juridisk process än en affärsprocess. Överprövningarna anses vara en av de största orsakerna till detta. Rädslan för överprövning leder i många fall till suboptimering, dvs. att förfrågningsunderlagen utformas på ett sätt som inte gagnar den goda affären.

Domstolarna får ofta kritik för att prövningen är alltför strikt juridisk, dvs. att de inte väger in vilka konsekvenser deras avgörande kan leda till. Man bör dock ha i åtanke att domstolarna är en klagoinstans och inte en vägledningsinstans. Domstolarna tolkar lagen med hjälp av förarbeten och utifrån praxis. Förarbetena är, på upphandlingsrättens område, i allt väsentligt analyserande ur juridisk synvinkel.¹⁸

Rättspraxis är motstridig...

Under utredningens utåtriktade arbete aktualiserades ett antal mål där olika domstolar kommit till skilda slutsatser, trots att många bedömare anser att i princip likadana sakfrågor varit föremål för avgörande. Konkurrensverket har tidigare i en rapport pekat på den stora variationen av tillämpningen av upphandlingsregler som finns i landet och ibland även vid olika avdelningar inom samma dom-

¹⁸ I t.ex. Norge arbetar även ekonomer och tidigare praktiker på lagstiftningsenheten.

stol.¹⁹ Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har också pekat på och exemplifierat detta för utredningen.

Under utredningens arbete har kritiken varit störst mot divergerande avgöranden i kammarrätterna. Utredningen har dock dragit slutsatsen, i likhet med *Kammarrätten i Göteborg* i sitt remissvar, att denna situation inte är unik för rättsområdet offentlig upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har mot denna bakgrund en mycket viktig prejudikatsbildande funktion. Även om omfattningen av motstridig rättspraxis inte är klar är sannolikheten stor, enligt Upphandlingsutredningens mening, att en upplevd rättsosäkerhet bland aktörerna på upphandlingsområdet leder till ökade kostnader för samhället. Bristande förutsebarhet leder till rädsla och osäkerhet bland upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer vilket påverkar upphandlingsarbetet.

...men detta kan till viss del bero på att domstolen dömer på de grunder klaganden anför

Varför praxis i vissa fall upplevs som motstridig kan, enligt utredningen, ha flera olika förklaringar. Det kan bl.a. bero på parternas processföring. I förvaltningsprocessen gäller normalt den s.k. officialprincipen. Den innebär att det är domstolen som bär det yttersta ansvaret för att målen blir tillfredsställande utredda.²⁰ Utredningsansvaret har sin grund i förhållandet att förvaltningsprocessen ofta liknar en enpartsprocess där den enskilde vanligtvis saknar ombud. Det anses därför lämpligt att domstolarna bistår med hjälp beträffande utredningen av målet.

Utredningsansvaret sträcker sig olika långt i olika typer av mål. Det följer enligt förarbetena till 8 § FPL av formuleringen att rätten ”skall se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver”. Upphandlingsprocesserna är i dag så gott som alltid tvåpartsprocesser där den enskilde, dvs. leverantören som ansökt om överprövning, ofta med hjälp av ett ombud, har en upphandlande myndighet eller enhet som motpart. Även upphandlande myndigheter och enheter använder ombud i många fall. I ett avgörande har HFD konstaterat att domstolar i upphandlingsmål, till grund för prövningen, endast får lägga omständigheter som sökanden har

¹⁹ Konkurrensverket, *Länsrätternas domar om offentlig upphandling*, rapport 2007:2.

²⁰ 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL), prop. 1971:30 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar*, m.m. s. 529.

åberopat.²¹ HFD menar att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. Därmed har de en större likhet med mål i allmän domstol där man tillämpar förhandlingsprincipen. Officialprincipen bör, enligt HFD, därför tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör därför enligt HFD krävas att den part, som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt anger vilka omständigheter som talan grundas på.

Upphandlingsutredningen konstaterar således att de omständigheter som åberopas i ett upphandlingsmål till stor del beror på hur parterna för sin talan. Enligt Upphandlingsutredningens mening kan detta vara en anledning till olika utgång i mål med tillsynes likartade omständigheter. Vidare ska man ha i åtanke att alla mål i lägre instanser har karaktären av *in casu*-avgöranden, dvs. är avgöranden som utgår från omständigheterna i det enskilda fallet och som därmed inte har prejudicerande verkan. Med anledning av att HFD tar upp så få upphandlingsmål till prövning och att många söker klarhet i olika upphandlingsfrågor behandlas därför ofta avgöranden från kammarrätterna, och i enstaka fall även mål från förvaltningsrätterna som prejudikat.

Motstridigheter kan underlättas genom fler prövningstillstånd...

Några remissinstanser, bl.a. *Göteborgs universitet*, *Kalmar läns landsting* och *SKL*, förordar att utredningen ska arbeta för att HFD i högre utsträckning ska meddela prövningstillstånd samt att HFD ska beakta EU-rätten i högre grad. Utredningen finner därför anledning att närmare beskriva hur och i vilken omfattning som prövningstillstånd lämnas.

Domstolarna är enligt grundlagen självständiga i förhållanden till riksdagen, regeringen eller andra myndigheter. För att kammarrätterna ska ta upp ett överklagande i ett överprövningsmål krävs prövningstillstånd. Ett sådant ska beviljas om det finns anledning att ändra förvaltningsrättens domslut (s.k. ändringsdispens), om det behövs ledning för hur liknande fall ska bedömas (s.k. prejudikatsdispens) eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet. Kammarrätterna meddelade sammantaget prövningstillstånd

²¹ RÅ 2009 ref 69.

i 222 upphandlingsmål år 2011. Detta motsvarar cirka 36 procent av inkomna upphandlingsmål i kammarrätterna.

Kammarrättens beslut om prövningstillstånd eller avgörande i sak kan överklagas till HFD. Prövningstillstånd lämnas bara om HFD:s avgörande kan få betydelse som prejudikat, dvs. ge ledning för hur andra liknande fall ska bedömas. Under 2011 meddelade HFD prövningstillstånd i åtta upphandlingsmål. Detta motsvarar 3,5 procent av målen som överklagas till HFD.

...och framförallt genom begäran om förhandsbesked från EU-domstolen

Upphandlingsmålen innehåller en stor del EU-rätt. När en fråga uppkommer i ett överprövningsmål enligt LOU och LUF, som aktualiserar tillämpning och tolkning av EU-rätten, finns det enligt artikel 267 EUF-fördraget en möjlighet och, för sista instans en skyldighet att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Endast i vissa fall kan sista instans, dvs. HFD i upphandlingsmål, underlåta att föra frågan vidare till EU-domstolen. Det får ske när EU-domstolen tidigare avgjort samma fråga, *acte éclairé*²², eller om den korrekta tillämpningen av unionsrätten är uppenbar, *acte clair*. EU-domstolen har gett *acte clair* en snäv definition. Det ska vara så uppenbart att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel hur unionsrätten ska tillämpas. Den nationella domstolen måste även vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen.

Nationella domstolar är behöriga, och i vissa fall skyldiga, att inhämta förhandsavgörande oberoende av om någon part har yrkat detta.²³ Om en part i ett mål eller ärende vid en domstol eller myndighet har yrkat att ett förhandsavgörande ska inhämtas ska domstolen eller myndigheten, i de fall den beslutar att inte inhämta ett förhandsavgörande, ange skälen till detta i sitt beslut.²⁴ Det har framförts kritik från flera håll mot att HFD inte beaktat skyldigheten att inhämta förhandsavgörande samt att domstolen sällan motiverar sitt beslut att inte inhämta ett sådant. HFD har t.ex. inte i något fall inhämtat förhandsavgörande från EU-domstolen i ett

²² EU-domstolens dom i mål C-28-30/62, Da Costa en Schaake mot Nederlandse Belasting-administratie.

²³ EU-domstolens dom i mål C-283/81, CILFIT mot Ministero della Sanità.

²⁴ 1 § lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol.

mål om offentlig upphandling, trots att de flesta anser att tolkningen av EU-rätten inte framstår som uppenbar.²⁵

5.2 För en effektivare och mer rättssäker handläggning

I det föregående avsnittet har framkommit kritik både mot långa handläggningstider och mot domstolarnas rättspraxis. Frågan är vilken typ av åtgärder som skulle effektivt kunna adressera dessa problem. I det följande avsnittet gör utredningen en genomgång av tänkbara lösningar. Redogörelsen inleds med en kort beskrivning av Målutredningens betänkande och förslag.

5.2.1 Målutredningen

Målutredningens uppdrag var att analysera behovet av särskilda organisatoriska eller processuella åtgärder för vissa måltyper, i syfte att åstadkomma snabbhet eller specifik kompetens i domstolsförfarandet.²⁶

Målutredningen bedömde att domstolarna rent allmänt måste sörja för att alla mål avgörs så snart som möjligt (inom sex månader) och med hög kompetens. Särskilda åtgärder – dvs. författningsreglerade särlösningar – bör, enligt Målutredningen, användas endast när det finns ett behov av extra stor skyndsamhet eller extra hög eller särskild kompetens. Målutredningen menade att det finns ett behov av åtgärder för att *uppnå särskild skyndsamhet* bl.a. när avgörandet blir meningslöst om det inte fattas inom viss tid eller om det finns särskilda skyndsamhetskrav som följer av Sveriges internationella åtaganden.

Ett behov av särskilda åtgärder för att *uppnå särskild kompetens* föreligger enligt Målutredningens bedömning bl.a. när den juridiska komplexiteten är stor samtidigt som antalet mål totalt sett är klart begränsat.

²⁵ Se exempelvis RÅ 2010 ref 97. Målet rörde s.k. komboavtal, transparensprincipen och tolkning av artikel 32, en bestämmelse som aldrig prövats av EU-domstolen.

²⁶ SOU 2010:44, *Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol*.

Upphandlingsmål möter målutredningens principer...

En grundläggande fråga som inställer sig är hur upphandlingsmålen förhåller sig till övriga förvaltningsrättsliga mål? Till att börja med kan konstateras att andelen upphandlingsmål är ganska begränsat. Som exempel kan nämnas att den största förvaltningsdomstolen, Förvaltningsrätten i Stockholm under 2011 handlade 951 upphandlingsmål. Samma domstol handlade samma år totalt 30 096 mål.²⁷ Vid Förvaltningsrätten i Umeå, som hade det minsta antalet upphandlingsmål, var siffrorna 57 upphandlingsmål av totalt 2 503 mål.

Många upphandlingsmål är till sin karaktär komplexa. De spänner över flera rättsområden – t.ex. har de i regel EU-rättsliga dimensioner - och discipliner och det finns behov av att målen avgörs snabbt. Målen rör ofta stora belopp. Det handlar dessutom ofta om viktig service till medborgarna, finansierad av skattemedel. Därmed ligger det i allmänhetens intresse att handläggningen är så effektiv som möjligt. I stor utsträckning rör målen nytto tjänster och -varor där enskilda kan komma i kläm om de inte levereras enligt plan.

...och har även andra särskilda dimensioner

Processen i upphandlingsmål är i princip uteslutande skriftlig. Målen skiljer sig från andra mål i förvaltningsdomstol genom att parterna står för utredningen och den s.k. officialprincipen inte tillämpas fullt ut (se ovan). Även om varje rättsområde kan sägas vara unikt, och fordra särskilda kunskaper, är det utredningens mening att upphandlingsmålen ofta är komplexa och inte sällan juridiskt komplicerade. Förtroendet för domstolarnas kompetens på upphandlingsområdet är enligt utredningens erfarenhet inte särskilt högt. Det är viktigt att – genom olika åtgärder – stärka förtroendet för att upphandlingsmålen handläggs på ett effektivt och ett förutsägbart sätt. Det viktigaste i detta avseende är, enligt utredningens bedömning, att parterna vet att den som ska avgöra ett mål är en person som både förstår rättsområdets komplexitet och kan sätta in upphandlingen i ett större sammanhang. Detta är särskilt viktigt när domstolarna ska fatta interimistiska beslut och när de vid prövning i sak genomför proportionalitetsbedömningar.

²⁷ Antal avgjorda mål exklusive migrationsmål. Dessa var 13 150 till antalet. Observera att antalet mål inte är samma sak som antalet överprövade upphandlingar.

Det har framkommit att det förekommer en viss grad av domstolsintern specialisering. Det förekommer i ungefär hälften av förvaltningsrätterna, i huvudsak på beredningsnivå. I övrigt har inte framkommit annat än att beredningsorganisationen är densamma för upphandlingsmål som för andra måltyper i förvaltningsdomstolarna, dvs. målen handläggs av notarier och föredraganden, och personalomsättningen är ofta hög. Det är inte helt ovanligt att det är personer under domarutbildning, dvs. jurister med begränsad erfarenhet, som dömer i upphandlingsmål i förvaltningsrätterna.

Domstolarna uppger att upphandlingsmålen ofta är komplexa, resurskrävande och särpräglade till sin natur. För att dömandet ska hålla hög kvalitet samtidigt som handläggningen är snabb och effektiv, krävs erfarenhet och fördjupade kunskaper inom området. Det är därför bl.a. av vikt att kunna behålla duktiga specialistföredraganden. Med det löneläge som domstolarna generellt kan erbjuda är detta svårt, i synnerhet när det finns både företag och andra myndigheter som har möjligheter att erbjuda betydligt högre löner för motsvarande kompetens.

5.2.2 Var och hur bör upphandlingsmål prövas – Målutredningens verktygslåda

Målutredningens betänkande innehåller olika förslag som skulle kunna leda till att handläggningstiderna vid upphandlingsmål förkortades. Till verktygen och metoderna hör bl.a. regler om förtur och tidsfrister, förkortad instanskedja, preklusionsregler, avgifter vid överklagande, särskilda forumregler som leder till koncentration av målen till viss domstol eller några få domstolar, särskilda ledamöter, särskilda domstolar knutna till domstolar inom de allmänna domstolsslagen samt fristående specialdomstolar. Några av dessa förslag behandlas nedan.

Nämnd

Upphandlingsutredningens bedömning:

Det bör inte inrättas en särskild nämnd för prövning upphandlingsmål.

Många intressenter framförde inför delbetänkandet att en nämndlösning enligt dansk modell borde inrättas. Efter att utredningen i delbetänkandet redogjort för den danska Klagonämndens handläggningstider m.m. var det få remissinstanser som menade att det var en lämplig väg att gå.

Utredningen har ändå studerat systemet med en s.k. klagonämnd, främst i form av den norska klagonämnden (KOFA), och lämnar en redovisning i särskild bilaga (se bilaga 10). Det kan konstateras att den kortaste handläggningstiden i KOFA, för en prioriterad ärendetyp, är två månader. Det motsvarar i princip den genomsnittliga handläggningstiden för upphandlingsmål i förvaltningsrätterna i Sverige. Vidare kan konstateras att KOFA sedan starten 2003 avgjort ungefär lika många ärenden som förvaltningsrätterna i Sverige avgör under ett år. KOFA har en kostnad per ärende om cirka 47 000 kronor. Den genomsnittliga kostnaden för ett upphandlingsmål i förvaltningsrätt är cirka 13 500 kronor. KOFA är en speciallösning även i Norge eftersom det saknas förvaltningsdomstolar.

En liten organisation, som KOFA, är också sårbar såvitt gäller frånvaro och personalförändringar. Vidare är handläggningstiderna inte kortare i Norge och handläggningsskostnaderna är höga.²⁸ Med hänsyn till dessa aspekter, och remissinstansernas svaga intresse finner utredningen att det saknas förutsättningar för att arbeta vidare med en nämndlösning.

Specialdomstol

Upphandlingsutredningens bedömning:

Specialdomstolar är inget realistiskt alternativ för prövning av upphandlingsmål.

Med specialdomstol avses domstolar som är fristående från de allmänna eller förvaltningsrättsliga domstolarna.²⁹ Till specialdomstolarna räknas Patentbesvärslagen, Marknadsdomstolen, Arbetsdomstolen och Förvarsunderrättelsesdomstolen. Genom-

²⁸ Kostnaderna är inte direkt jämförbara eftersom Norge bl.a. har ett högre löneläge.

²⁹ Specialdomstol i 10 kap. 17 § första stycket 1 rättegångsbalken benämns särskild domstol. Som särskild domstol enligt angivet lagrum räknas, utöver specialdomstolarna, såväl de allmänna förvaltningsdomstolarna som de särskilda domstolar som är knutna till de allmänna domstolarna eller de allmänna förvaltningsdomstolarna, såsom mark- och miljödomstolarna och migrationsdomstolarna. Fortsättningsvis används termen specialdomstolar.

gående är dessa domstolar relativt små - i betydelsen få anställda-belägna i Stockholm och de har rikstäckande verksamhet. Utmärkande är också att de, till skillnad från övriga domstolar, inte bygger på ett instanssystem med en prejudikatsinstans som tredje och sista instans. Såväl Arbetsdomstolen som Marknadsdomstolen fungerar ofta både som första och sista instans. Till skillnad från ordinarie domare vid de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna har ledamöterna vid specialdomstolarna som regel tidsbegränsade förordnanden. I vissa fall är uppgiften att vara ledamot en bisyssla.

Specialdomstolarna och deras verksamhet har varit föremål för överväganden i flera sammanhang.³⁰ Faktorer med anknytning till personalförsörjningen, ökad flexibilitet, minskad sårbarhet och högre effektivitet har enligt regeringen talat för en lösning med en sammanhållen organisation, dvs., mot specialdomstolar.³¹ Lagstiftaren har i stället önskat samla uppgifterna inom de allmänna domstolsslagen. Handläggningstiderna är relativt sett långa i specialdomstolar.³² Små domstolar är som redan nämnts, också mer sårbara. Upphandlingsutredningen finner mot denna bakgrund att det inte torde vara en framkomlig väg, eller lämpligt, att driva alternativet om specialdomstol och kommer därför inte att närmare utreda en sådan lösning.

Särskild domstol

Upphandlingsutredningens bedömning:

Upphandlingsmålen bör inte behandlas inom särskilda domstolar.

Med särskild domstol avses domstol som är knuten till en allmän domstol eller en allmän förvaltningsdomstol. De särskilda domstolarna delar administration med den domstol den är knuten till men är separata pga. att t.ex. processordningen skiljer sig, att de kan vara specialiserade på en eller flera typer av mål och är exklusivt

³⁰ Se bl.a. promemorian Ds 1992:38, *Domstolsväsendet – Organisation och administration i framtiden*, promemorian Ds 1993:34, *Specialdomstolar i framtiden*, prop. 1993/94:200 *Upphörande av Bostadsdomstolen m.m.* samt regeringens skrivelse skr. 1999/2000:106, *Reformeringen av domstolsväsendet – en handlingsplan*.

³¹ Skr. 1999/2000, s. 58.

³² Enligt Marknadsdomstolens årsredovisning 2011 har den genomsnittliga handläggningstiden i sakprövade mål varit cirka 12 månader de senaste tre åren.

behöriga att pröva dessa. I mark- och miljödomstolarna – som är knutna till vissa allmänna domstolar – finns ledamöter med särskild kunskap i de aktuella frågorna. Dessa domstolar har en instanskedja med endast två instanser. Detsamma gäller migrationsdomstolarna som är knutna till förvaltningsrätterna i Stockholm, Göteborg och Malmö.³³ Deras avgöranden får överklagas till Migrationsöverdomstolen.

Migrationsdomstolarna tillkom i samband med att Utlänningsnämnden lades ner.³⁴ Syftet med reformen var att uppnå en ökad öppenhet och rättssäkerhet i asylprocessen genom att låta överprövningen ske i domstol.³⁵ Regeringen bedömde att de domstolar, som var aktuella att bli migrationsdomstolar, skulle vara tillräckligt stora för att inte bli sårbara ur flexibilitetssynpunkt. Inte heller fick den nya måltypen bli dominerande. Det skulle nämligen medföra att domstolen skulle få karaktären av specialdomstol vilket man inte önskade.³⁶

Domstolsverket fick år 2005 i uppdrag att göra en översyn av fastighetsdomstolarnas verksamhet.³⁷ Översynen resulterade i att antalet fastighetsdomstolar minskades från 25 till 7. De lokaliserades till de tingsrätter som nu är miljödomstolar. Den främsta anledningen till förändringen var att en högre koncentration av fastighetsmålen antogs leda till en förhöjd kompetens, framför allt hos de lagfarna ledamöterna. Tidigare hade det begränsade målunderlaget³⁸ lett till att många juristdomare, som arbetade med fastighetsmål, inte var tillräckligt specialiserade på denna måltyp.³⁹ Syftet var att samtliga fastighetsdomstolar skulle få ett målunderlag som kan sysselsätta minst ett fastighetsråd vid varje fastighetsdomstol. I rapporten angavs att de domare som handlägger fastighetsmål måste ha kännedom om ett tämligen komplext regelverk. De måste därutöver ha en förmåga att sätta sig in i invecklade tekniska och ekonomiska spørsmål samt kunna se de aktuella problemen i ett större sammanhang.

³³ Regeringen har beslutat att inrätta en fjärde Migrationsdomstol vid Förvaltningsrätten i Luleå. Målsättningen är att domstolen ska vara i funktion den 1 oktober 2013.

³⁴ En ny utlänningslag (2005:716) med en ny instans- och processordning för utlännings- och medborgarskapsärenden trädde i kraft den 31 mars 2006, prop. 2004/05:170 *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden* och prop. 2004/05:172 *Upphållstillstånd för tribunalvittnen*, bet. 2004/05:SfU 17 och 18 samt rskr. 2005/06:1 och 2.

³⁵ Prop. 2004/05:170 s. 105.

³⁶ Prop. 2004/05:170 s. 110. Se även not 35.

³⁷ Uppdraget redovisades i rapporten, *Översyn av fastighetsdomstolarnas verksamhet*, DV 2006:2.

³⁸ Till vissa domstolar inkom färre än tio mål per år.

³⁹ DV 2006:2, s. 38.

Som Upphandlingsutredningen inledningsvis har konstaterat består upphandlingsmålen särart av att processen är skriftlig, att det är fråga om komplicerade mål, att tiden i allmänhet är begränsad samt att de har en EU-rättslig dimension. Det innebär att liknande skäl som låg till grund för bildandet av Mark- och miljödomstolarna har bäring även på upphandlingsmål. Målen skiljer sig i visst processuellt hänseende från övriga förvaltningsrättsliga mål, eftersom officialprincipen inte tillämpas fullt ut, och målen kräver kunskap i bl.a. EU-rätt, avtalsrätt m.m. Upphandlingsmålen avviker dock inte från instansordningen eller processrättsligt i sådan hög grad från vad som i allmänhet gäller i förvaltningsprocessen, att det enligt utredningens mening, förutsätter en särskild benämning på domstolarna när de handlägger upphandlingsmål. Slutsatsen är således att upphandlingsmålen inte behöver behandlas inom särskilda domstolar. Däremot finns goda grunder för att koncentrera målen till färre domstolar (se avsnittet nedan).

Koncentration av upphandlingsmål

Upphandlingsutredningens förslag:

Upphandlingsmålen koncentreras till tre förvaltningsrätter samt en kammarrätt.

Vilken domstol som är behörig att ta upp ett mål till prövning följer av särskilda forumregler. Huvudregeln är att allmänna domstolar eller allmänna förvaltningsdomstolar har behörighet att handlägga alla typer av mål som hör till respektive domstolsslag. För de allmänna förvaltningsdomstolarnas del finns den allmänna forumregeln i 14 § andra stycket lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. Av bestämmelsen följer att ett beslut ska överklagas till den förvaltningsrätt inom vars domkrets ärendet först prövats, om det inte för ett visst slag av mål föreskrivs annat i lag eller förordning. Redan formuleringen av de allmänna forumreglerna innebär en koncentration av vissa typer av mål till vissa domstolar.

Danmark, Norge och Finland har som första instans *ett* prövningsorgan med särskild kompetens för upphandlingsmål. Inget av länderna har några uttalade problem med vare sig motstridig rättspraxis eller legitimitet och förtroende för avgörandena. De nordiska

ländernas domstolssystem är i grunden olika och de saknar t.ex. förvaltningsdomstolar, vilket innebär att det är svårt att göra några rättvisande jämförelser. Sverige är det land som har flest upphandlingar och måltypen skulle enligt utredningen bli alltför dominerande om prövning skulle ske endast vid en domstol.

En domare eller beredningsorganisation som till viss del arbetar inom ett begränsat rättsområde erhåller med tiden särskild kompetens och erfarenhet. Det gäller såväl mera allmänna och förhållandevis enkla frågor, som t.ex. hur lagstiftningen inom området är uppbyggd och var rättskällorna återfinns, som mer invecklade juridiska frågor. Det är naturligt att så sker inom en specialdomstol eller vid särskild domstol. Samma resultat kan dock också åstadkommas om man koncentrerar målen till vissa domstolar eller när mål speciallottas på vissa avdelningar eller rotlar inom en domstol.

Ungefär hälften av remissinstanserna förordar koncentration av upphandlingsmål till några få utpekade förvaltningsdomstolar. Konkurrensverket har tidigare bl.a. i rapporten *Åtgärder för bättre konkurrens*⁴⁰ föreslagit att handläggningen av upphandlingsmål koncentreras till färre domstolar för att på så sätt få en enhetlig tillämpning av upphandlingsreglerna.

Med den specialisering och rutin som en koncentration av upphandlingsmålen till färre domstolar skulle medföra menar utredningen att handläggningstiderna kan kortas och att förtroendet för domstolarnas avgöranden skulle öka. Som utredningen tidigare konstaterat förekommer i stort sett aldrig muntlig förhandling i upphandlingsmål. Det ligger också i upphandlingsmålens natur att de leverantörer som begär överprövning inte nödvändigtvis har lokal anknytning. Av dessa skäl är det av mindre vikt var ett upphandlingsmål geografiskt avgörs. En större organisation gör också att det blir lättare att både möta frånvaro bland personalen och personalförändringar. En specialisering genom koncentration torde leda till förkortade handläggningstider samt ökad effektivitet. De resurser som frigörs kan läggas på ytterligare kompetenssatsningar t.ex. på specialiserade föredraganden.

Upphandlingsutredningen föreslår att omfattningen av målen bör uppgå ungefär till den nivå som gäller för Förvaltningsrätten i Stockholm. Det skulle innebära en koncentration till tre förvaltningsrätter. Eftersom förvaltningsrätterna, efter omorganisationen, är tämligen stora är det inte nödvändigt att upphandlingsmålen

⁴⁰ Rapport 2009:1.

koncentreras till de största förvaltningsrätterna. Det är dock viktigt att förvaltningsrätterna ifråga har rimliga förutsättningar att anställa kompetent personal till den fasta beredningsorganisationen. Lämpligen placeras därför upphandlingsmålen vid förvaltningsrätter nära lärosäten som erbjuder utbildning och forskning inom ämnesområdet offentlig upphandling.

Vid sidan om förkortade handläggningstider finns också ett stort intresse att rättspraxisen inom området offentlig upphandling blir mera enhetlig. Utredningen har tidigare redogjort för att avgöranden i upphandlingsmål inte anses förutsebara och i många fall upplevs som motstridiga.

Som påpekats ovan känns våra nordiska grannländer inte vid motsvarande problematik. En jämförelse med andra måltyper visar också betydelsen av enhetlig praxis. Denna aspekt framhölls särskilt vid inrättandet av *en* Migrationsöverdomstol.⁴¹ Med den kritik som i dag föreligger förespråkar Upphandlingsutredningen att upphandlingsmålen vid överklagande av förvaltningsrättens domar specialdestineras till *en* kammarrätt. Detta bör ske genom särskild forumregel i LOU och LUF.

I februari 2010 minskade förvaltningsrätterna från 23 till tolv. Syftet med reformen var att skapa en långsiktigt hållbar organisation som skulle ge domstolarna verktyg att utveckla sin verksamhet och behålla hög kompetens. Upphandlingsutredningen inser att det har förflutit väl kort tid sedan sammanslagningen, vilket kan tala emot en ändrad hantering av upphandlingsmål.

Utredningen vill dock framhålla följande. Sammanfattningsvis består upphandlingsmålen ofta av komplexa sammanhang med stort inslag av EU-rätt, de innehåller inte sällan inslag av civilrätt. Det finns ett flertal exempel på praxis upplevs som motstridig, framförallt från kammarrätterna. Det har lett till att intressenterna numer har ett relativt lågt förtroende för avgörandena samt till en utveckling med onödigt komplicerade förfrågningsunderlag av rädsla för överprövning till förfång bl.a. för leverantörer. Mot denna bakgrund samt den positiva inverkan en koncentration förmodas ha på handläggningstiden menar utredningen att skälen är starka för en koncentration av upphandlingsmål till tre förvaltningsrätter och en kammarrätt.

Regeringen har i finansplanen för 2013 bl.a. tillkännagett sin avsikt att tillsätta en utredning med uppdrag att ta fram förslag för

⁴¹ Prop. 2004/05:170 *Ny instans- och processordning i utlännings- och Medborgarskapsärenden*, s. 110.

att skapa en modern, effektiv och rättssäker förvaltningsprocess.⁴² En viktig uppgift för utredningen kommer att vara att se över om det finns behov av att stärka rättssäkerheten avseende skattemål ytterligare, framför allt genom en specialisering av sådana mål. Om Upphandlingsutredningens förslag om en koncentration av upphandlingsmålen inte vinner gehör, vill utredningen å det starkaste förordas att även upphandlingsproblematiken blir föremål för den nämnda utredningen.

Förkortad instanskedja

Upphandlingsutredningens bedömning:

Att förkorta instanskedjan i upphandlingsmål bedöms inte som en lämplig åtgärd och förordas därför inte.

En begränsning av antalet domstolsinstanser, dvs. förkorta instanskedjan från nuvarande tre instanser till två, skulle leda till att den totala handläggningstiden minskade. Ju fler instanser som kan överpröva ett ärende, desto längre tid tar det innan ett lagakraftvunnet avgörande föreligger. Med hänsyn till de konsekvenser som långa handläggningstider medför, kan det finnas skäl för att avvika från den instansordning som normalt gäller förvaltningsprocessen. Det skulle kunna innebära att en kammarrätt skulle bli sista, och högsta instans. Detta skulle dock innebära att den kammarrätten i realiteten endast skulle komma att pröva mål av prejudikatintresse, dvs. mål i vilka det är av vikt för rättstillämpningen att överklagandet prövas.⁴³ Med hänsyn till att ändringsfrekvensen i upphandlingsmålen i Sverige är betydande – leverantörerna fick bifall i 31 procent av upphandlingsmålen under 2011 – anser utredningen att en förkortad instanskedja i upphandlingsmål inte är en lämplig åtgärd.⁴⁴

⁴² Budgetprop. 2012/13:1 *Finansplan och skattefrågor*, kapitel 1–12, s. 42.

⁴³ Läs mer om prövningstillstånd och -grunder i avsnitt 5.1.2.

⁴⁴ Konkurrensverkets rapport 2012:6, s. 46.

Domstolarnas egen hantering av upphandlingsmål

Upphandlingsutredningens bedömning:

Domstolsintern specialisering leder till effektivare handläggning. Ett ytterligare sätt att effektivisera processen är att domstolarna informerar parterna om handläggningen av målet.

Domstolsintern specialisering

Domstolsintern specialisering, vilket innebär att en domstol organiserar sin verksamhet så att endast vissa domare helt, eller i viss utsträckning, handlägger vissa typer av mål, har flera fördelar.

Domstolsverket och Sveriges Domareförbund genomförde under 2002 och 2003 en förstudie om specialisering för domare.⁴⁵ Många domstolar som ingick i undersökningen poängterade att specialisering leder till att omloppstiden för målen blir kortare och att handläggningen (inklusive dömandet) därmed blir mer effektiv. Specialisering leder till ökad möjlighet att samla och utveckla kunskap och erfarenhet för vissa måltyper samt ger kontinuitet och ökad kvalitet i dömandet. Flera domstolar uppgav också att en ökad specialisering ger en mer enhetlig praxis. Många domstolar påpekade att specialisering är viktigare ju mer särpräglat ett rättsområde är. Genom specialisering kan också en ”snabbfil” skapas för mål som kräver särskild skyndsamhet.

Det framfördes att en nackdel med specialisering är att domstolen blir sårbar t.ex. vid sjukdom eftersom specialister är svåra att ersätta. Det skulle också kunna försvåra omfördelningen av mål, riskera snedvriden arbetsbelastning och leda till ett mer enahanda arbete för några. En risk som särskilt framhölls var att experter tenderar att utveckla sin egen rättspraxis. I synnerhet sades en sådan risk finnas om en och samma domare dömde inom ett rättsområde under allt för lång tid.

Under förstudien hämtades synpunkter in från parter och ombud (bl.a. företrädare för Svensk Näringsliv, Riksåklagaren och Sveriges advokatsamfund) samt från olika domare angående behovet av specialisering. Samtliga underströk att när utvecklingen går mot en ökad rättslig komplexitet kräver det specialisering. Även de rättssökandes, i detta fall leverantörernas, högre krav på

⁴⁵ Domstolsverket, *Specialisering – En förstudie i samarbete med Sveriges Domareförbund*, DV-rapport 2003:3.

kvalitet i dömandet och bemötandet i domstolarna ansågs öka behovet av specialisering. Ombuden har i allt högre grad specialiserat sig. Det ansågs därför viktigt att rättens ledamöter har samma grad av fördjupade kunskaper inom de olika områdena som parterna har.

Det stora flertalet domare som intervjuades i studien var positiva till någon form av specialisering. Många domare vid förvaltningsrätterna ansåg att offentlig upphandling var exempel på en måltyp där det fanns behov av specialisering.

Ett sätt att uppfylla kraven på såväl generalist- som specialistkompetens kan enligt rapporten vara att domarna inom de allmänna domstolarna och allmänna förvaltningsdomstolarna specialiserar sig under en del av arbetstiden. På det sättet kan domarna behålla en generell kunskap och överblick över ett större målområde samtidigt som han eller hon får möjlighet att fördjupa sig inom ett specifikt ämnesområde.

Genom domstolsintern specialisering kan domarna tillägna sig särskild erfarenhet och särskilda kunskaper på området. Det bör kunna leda till att omloppstiderna blir kortare, en ökad kvalitet i dömandet och därmed en mer enhetlig praxis. Eftersom större domstolar har bättre förutsättningar än små att uppnå en hög specialiseringsgrad, har möjligheten till intern specialisering ökat till följd av de genomförda förändringarna av förvaltningsrättsorganisationen. De åtgärder som vidtagits för att skapa ett bredare rekryteringsunderlag för domaranställningar, förbättrar också förutsättningarna för domstolsintern specialisering.⁴⁶

Enligt Upphandlingsutredningen är därför domstolsintern specialisering det enklaste och snabbaste sättet med att komma till rätta med de problem om långa handläggningstider och spretig rättspraxis som utredningen tar upp.

Andra handläggningsfrågor som domstolen disponerar över

I dag gör domstolarna ingen formell bedömning av när handläggningen av ett upphandlingsmål kan förväntas bli avslutad. Nackdelarna med denna ordning är flera. Inte minst vore det värdefullt för den upphandlande myndigheten eller enheten att kunna få ett sådant besked efter det att målet anhängiggjorts i

⁴⁶ Prop. 2007/08:113 *Rekrytering av domare*.

domstolen.⁴⁷ Att det finns en beräknad sluttid har också den positiva effekten att fokus, för alla inblandade aktörer, sätts på att få målet klart för avgörande snarast möjligt. En rimlig, i förväg angiven tid för avgörandet bör därför allmänt sett vara positivt för handläggningstiden i domstol.

Som tidigare noterats styr parterna i hög grad processen. En annan enkel åtgärd som kan leda till kortare handläggningstider är därför att domstolen, i fall där det är möjligt, tydligt informerar parterna om vad de bör yttra sig över under kommunikeringen.

Att utfärda särskilda vägledningar för hur parter ska gå till väga vid en överprövning och vad de bör tänka på (exempelvis vilka handlingar som bör bifogas med ansökan) kan också snabba upp handläggningen. Förvaltningsrätten i Malmö har, för att underlätta hanteringen för både domstolen och upphandlande myndigheter/enheter, parter och ombud, initierat en brukardialog. Domstolen skickar numera en skrivelse till berörda med information om handläggningen.⁴⁸

Särskilda ledamöter

Upphandlingsutredningens bedömning:

Särskilda ledamöter i upphandlingsmål leder sannolikt till att avgörandena får ökad legitimitet. Den uppenbara risken för att det leder till långa handläggningstider medför dock att utredningen avstår från att förorda särskilda ledamöter.

Ett sätt att öka legitimiteten i upphandlingsmål kan vara att låta särskilda ledamöter delta vid avgöranden i sak.

I de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna dömer som huvudregel yrkesdomare, med eller utan nämndemän. I upphandlingsmål dömer yrkesdomare som regel ensamma.⁴⁹ För att underlätta handläggningen av exempelvis invecklade mål med teknisk eller ekonomisk anknytning har man i vissa måltyper förstärkt domstolen med ledamöter som har särskilda fackkunskaper. Som exempel kan nämnas de särskilda leda-

⁴⁷ Här åsyftas inte en fullständig tidsplan med angivande av när olika processhandlingar ska vidtas utan endast ett besked till parterna när de kan förvänta sig ett avgörande.

⁴⁸ Hos den danska Klagonämnden finns också en vägledning, se www.klfu.dk/sw21704.asp

⁴⁹ Enligt 18 § fjärde stycket femte punkten lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar (LAFD) är förvaltningsrätten domför med en lagfaren domare ensam även vid avgörande i sak av mål om upphandling.

möter som deltar vid mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen⁵⁰ med erfarenhet av kommunal förvaltning, och mål enligt lagen om elektronisk kommunikation⁵¹ med ekonomiska experter.

Att det vid ett avgörande av upphandlingsmål deltar personer med särskild sakkunskap inom offentlig upphandling skulle sannolikt leda till att parternas förtroende för domstolarnas avgöranden skulle öka. Fråga uppkommer dock vilken bakgrund det är lämpligt att sådana experter har. Utredningen förutsätter att experterna ska vara yrkesverksamma personer.⁵² Det innebär erfarenhetsmässigt att det blir svårt att hitta sammanträdestider som passar inom rimlig tid. Det skulle därför sannolikt ske på bekostnad av handläggningstidens längd.

Upphandlingsutredningen anser sammanfattningsvis att särskilda ledamöter sannolikt skulle öka förtroendet för domstolarnas avgöranden men att detta skulle ske på bekostnad av ökade handläggningstider. Då det senare är en oönskad utveckling är särskilda ledamöter inte en framkomlig väg för att nå önskat resultat.

5.3 Avgift och rättegångskostnader

Upphandlingsutredningens bedömning:

En ansökan om överprövning bör inte avgiftsbeläggas. Parterna bör även fortsättningsvis stå sina egna kostnader i överprövningsmål.

Ett fåtal remissinstanser har berört frågan om avgifter och rättegångskostnader i upphandlingsmål. Av dessa vill de flesta – dock inte alla – att utredningen utreder möjligheten att införa en avgift för att ansöka om överprövning eller att en ordning övervägs, där förlorande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader.

Upphandlingsutredningen vill till att börja med påpeka att uppfattningen att det inte skulle vara förenat med kostnader att begära överprövning av en upphandling är en sanning med modifikation. Dels är det fråga om kostnader i form av arbetstid och dels i

⁵⁰ SFS 1991:900.

⁵¹ SFS 2003:389.

⁵² I promemorian Ds 1993:34, *Specialdomstolar i framtiden*, konstaterades att det i princip inte är lämpligt att det vid en domstols avgörande deltar ledamöter som kan uppfattas som representanter för vissa särintressen och att utgångspunkten måste vara att s.k. intresseledamöter inte deltar i den dömande verksamheten.

regel kostnader för ombud. I dag står båda parter för sina egna kostnader i samband med en överprövning.⁵³

Det finns få möjligheter att få ersättning för kostnader i samband med ett förvaltningsrättsligt förfarande. Detta gäller i stort sett för samtliga måltyper. I 43 kap. Skatteförfarandelagen (2011:1244) finns regler om att en skattskyldig kan få ersättning i vissa fall kan utgå. Vidare finns i rättshjälpslagen (1996:1619) bestämmelser om rättshjälp för fysiska personer som gäller under vissa förutsättningar.

Konkurrensverket har i sitt remissvar anfört att det är olämpligt att införa avgifter för överprövningsmål. Andelen bifall i upphandlingsmål talar, enligt verket, mot en sådan ordning. Intresseorganisationen Företagarna delar verkets bedömning i frågan. Vidare anför Konkurrensverket att storleken, på de avgifter domstolarna i vissa fall tar i andra måltyper, varierar mellan 400–500 kronor. Det ifrågasätts om en så låg avgift skulle påverka leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Detta gäller sannolikt, anför Konkurrensverket, även om avgiften skulle fastställas till ett betydligt högre belopp. I den utsträckning en avgift faktiskt skulle verka avhållande på leverantörer skulle det främst gälla småföretagare. Konkurrensverket anför vidare att en eventuell skyldighet att förlorande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader skulle detta, utöver den avhållande effekt det skulle kunna ha på främst mindre leverantörer, dessutom kunna få till följd att förlorande part i större utsträckning än i dag skulle överklaga domen till ytterligare en nivå för att få bifall och befrias från – ersättningskyldigheten. En sådan ordning skulle kunna få till följd att flera avgöranden överklagas till överinstans med en längre total handläggningstid som följd.

Det finns ingen tradition i Sverige med ansökningsavgifter eller att en part får ersättning för sina rättegångskostnader i förvaltningsrätt.⁵⁴ I tingsrätt är det däremot förenat med en avgift att lämna in en stämningsansökan.⁵⁵ Upphandlingsutredningen instämmer i Konkurrensverkets resonemang, både avseende en avgift för ansökan om överprövning och vad gäller skyldigheten att betala rättegångskostnader. I sammanhanget kan tilläggas att både Norge

⁵³ Det gäller även vid mål om upphandlingsskadeavgift.

⁵⁴ I s.k. tvångsmål m.m. där biträde ska förordnas finns ersättningsinstitut.

⁵⁵ Ansökningsavgiften uppgår till 450 kronor. Domstolsverket har på uppdrag av regeringen gjort en översyn av de ansökningsavgifter som tas ut vid tingsrätterna och lämnade i december 2012 ett förslag på högre avgiftsnivåer och på en metod att beräkna avgifterna. Domstolsverket, *Ansöknings- och kungörandeavgifter vid allmän domstol*, DV rapport 2012:1.

och Danmark nyligen har höjt avgifterna för ansökan om överprövning. Trots det fortsätter antalet mål att öka. Utredningen bedömer inte att vare sig en ansökningsavgift för upphandlingsmål eller ersättning för rättegångskostnader skulle leda till önskat resultat och förordar därför inte någon av dessa åtgärder.

5.4 Ett nytt undantag för direktupphandling under överprövning

Upphandlingsutredningens bedömning:

Upphandlande myndigheter och enheter behöver fullgöra lagstadgade uppgifter även om en upphandling blivit föremål för en överprövning och därmed stoppad.

Upphandlingsutredningens förslag:

Direktupphandling får temporärt användas när en upphandling blivit föremål för överprövning och en förlängd avtalsspärr har inträtt. Ett nytt undantag förs in i kap. 15 LOU respektive LUF.

5.4.1 Inledning

Ett av de allvarligaste problemen i samband med överprövningar är det faktum att upphandlingen stoppas vilket leder till att myndigheten eller enheten inte får den vara eller tjänst som de har behov av eller är skyldiga att tillhandahålla allmänheten. Inte sällan går det ut över servicen till medborgarna. För att fullgöra sina uppgifter riskerar upphandlande myndigheter att bryta mot antingen upphandlingslagstiftningen eller annan lagstiftning, t.ex. skyldigheter i kommunallag. En upphandlande myndighet eller enhet får i och för sig använda bl.a. förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla de i LOU respektive LUF angivna tidsfristerna.⁵⁶ I praxis ställs höga krav på en upphandlande myndighets eller enhets planering och organisation. Hänsyn till att en upphandling kan bli

⁵⁶ 15 kap. 3 § andra stycket LOU respektive LUF.

föremål för överprövningen måste t.ex. ingå i planeringen.⁵⁷ Konkurrensverket menar att bedömningen, av vad som kan anses vara en rimlig framförhållning, bör ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet.⁵⁸ Praxisen på området är tämligen strikt.

Remissinstanserna är positiva till ett nytt undantag

I stort sett samtliga remissinstanser som berört frågan är positiva till att införa regler som innebär att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna direktupphandla, dvs., upphandla utan att iaktta reglerna i LOU och LUF, under den tid som en överprövningsprocess pågår – i synnerhet vad gäller upphandlingar som rör obligatoriska uppgifter i en myndighets verksamhet.

Direktupphandling bör kunna användas under tiden det tar att göra en ny upphandling om det skulle bli resultatet av överprövningen. Andra remissinstanser, som *Försvarsmakten*, *Göteborgs och Lerums kommuner* anser att möjligheten att direktupphandla bör finnas även då den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tillhandahålla tjänsten eller varan enligt lag.

Advokatfirman Delphi menar å sin sida att nu gällande undantag är tillräckligt.

5.4.2 Temporär upphandling

För att i någon mån underlätta för de upphandlande myndigheterna och enheterna att anskaffa de varor och tjänster som behövs under den tid som överprövningen pågår, dvs. när upphandlingen har stoppats, har Upphandlingsutredningen sett över det rättsliga utrymme som Sverige förfogar över. De resonemang som förs i det följande gäller därför endast i förhållande till sådana direktupphandlingar vars värden inte kan komma att överstiga EU:s tröskelvärden.

I Norge har införts ett särskilt undantag som gäller om ett kontrakt ogiltigförklarats. Undantagen ger möjlighet till täckningsköp till dess att en ny upphandling har kunnat genomföras.⁵⁹ Finländsk

⁵⁷ Se bl.a. Kammarrättens i Göteborgs dom i mål 821--827-12.

⁵⁸ Se Konkurrensverkets yttrande, dnr 346/2010.

⁵⁹ Regleringen gäller från och med den 1 juli 2012 i och med implementeringen av ändringsdirektivet i Norge.

lag ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att ”temporärt organisera” en upphandling som blivit föremål för överprövning. Detta kan göras genom en beställning hos den som har deltagit i upphandlingsförfarandet och som är föremål för prövning eller hos den tidigare leverantören. Undantaget gäller om inte upphandlingen på grund av sin art kan skjutas upp den tid som ärendet behandlas i marknadsdomstolen.⁶⁰

När en upphandling blir föremål för överprövning uppstår effektivitetsförluster efter upphandlande myndigheter respektive enheter kan stoppas från att fullgöra sina skyldigheter. Utredningen föreslår därför att det ska införas en undantagsbestämmelse i 15 kap. 3 § LOU och LUF med innebörden att direktupphandling får användas om upphandlingen blivit föremål för överprövning och en förlängd avtalsspärr har inträtt. Bestämmelsen bör, liksom den finländska regleringen, göra det möjligt att temporärt upphandla av en leverantör som har deltagit i upphandlingsförfarandet som är föremål för prövning eller kunna göras från den tidigare leverantören. Vidare bör ytterligare en förutsättning vara uppfylld, nämligen att det inte är möjligt att skjuta upp genomförandet av upphandlingen pga. upphandlingens art. Utredningen gör bedömningen att en undantagsbestämmelse som denna kommer att minska antalet överprövningar.

Det är svårt att avgöra under hur lång tid en sådan föreslagen temporär upphandling skulle få fortgå, när det t.ex. är fråga om kontinuerliga köp. Utredningen bedömer att en rimlig tid kan vara den tidsperiod det normalt tar för en tvåinstansprövning, dvs. i dag cirka sex månader. Om leverantören får bifall till sin talan kan temporär upphandling behöva användas även under den tid det tar att genomföra en ny upphandling. Som ovan angivits får värdet på den temporära upphandlingen inte överstiga EU:s tröskelvärden. I övrigt får det ankomma på tillsynsmyndigheten att övervaka hur undantaget tillämpas.⁶¹

⁶⁰ En temporär organisering av upphandlingen får inte hindra att marknadsdomstolen på ändringsökandens yrkande kan besluta att 1) den upphandlande enhetens beslut helt eller delvis upphävs, 2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iakttä ett oriktigt förfarande, eller 3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande.

⁶¹ 15 kap. 3 § LOU och LUF och 4 kap. 5 § 3 LOU respektive 4 kap. 2 § 4 LUF. Se även bl.a. EU-domstolens mål C-24/91 Kommissionen mot Spanien, C-107/92 Kommissionen mot Italien, C-328/92 Kommissionen mot Spanien, C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, C-385/02 Kommissionen mot Italien, C-126/03 Kommissionen mot Tyskland, även kallat München Nord samt C-6/05 Medipac- Kazantzidis AE m.fl. och Kammarrättens i Göteborgs dom i mål 821--827-12. Jmf. Konkurrensverkets bedömning i yttrandet med dnr 346/2010.

5.5 Alternativ problemlösningsmekanism

Upphandlingsutredningens bedömning:

Offentliga upphandlingar av vissa varor och tjänster är särskilt problematiska.

Upphandlingsutredningens förslag:

En medlingsfunktion inrättas med ansvar att utreda och, i samverkan med berörda parter, föreslå lösningar på strukturella problem inom den offentliga upphandlingen.

Grupper av leverantörer eller upphandlande myndigheter eller enheter – som berörs av problemet – får ansöka om medling. Medlingsfunktionen inrättas vid det samordnade upphandlingsstödet.

Medling ska inte användas för att lösa problem i enskilda upphandlingar.

5.5.1 Inledning

I delbetänkandet redogjorde utredningen för en del områden där upphandlingsreglernas tillämpning stött på särskilda svårigheter. De områden som särskilt beskrevs var upphandling av livsmedel, konsulttjänster samt byggtreprenader.⁶² Ytterligare problemområden som påtalats som särskilt problematiska är upphandling av bl.a. kontorsmöbler, hörseltekniska hjälpmedel och tandteknik. Ofta har både upphandlande myndigheter och leverantörer, samt deras intresseorganisationer, framfört att upphandlingarna på dessa områden fungerar mindre väl. Även företrädare för branschorganisationer har uppvakttat utredningen med listor på problem, men också förslag till lösningar. Intressenternas synpunkter har till största delen inte handlat om problem gällande regelverket i sig utan hur regelverket tillämpas.

Den problematik som dessa upphandlingsområden dras med har enligt utredningen oftast karaktären av strukturella problem – oftast mer eller mindre specifika för respektive bransch, varu- eller tjänsteområde. Inte sällan drabbas vissa typer av upphandlingar av ett ovanligt stort antal överprövningar vilket får den aktuella upphandlingsmarknaden i det närmaste att haverera. År 2011 var

⁶² Se utredningens delbetänkande, SOU 2011:73, s. 163 ff.

överprövningar vanligast inom CPV-huvudgruppen Transporter (utom avfallstransport), där 17 procent av upphandlingarna blev föremål för överprövning.⁶³ Året innan var det två andra branscher som hade flest överprövningar, Post och telekommunikationstjänster och Livsmedel, drycker, tobak o.d. I båda dessa branscher var andelen överprövningar 17 procent under 2010.⁶⁴ Dessa siffror kan jämföras med de 7 procent som gällde totalt för 2010 och 2011.

Tillämpningsproblemen inom olika upphandlingsområden kan vara mycket varierande. Utredningen uppmärksammades tidigt på att upphandling av livsmedel är ett särskilt problemområde. Livsmedel upphandlas ofta tillsammans med logistklösningar och det är vanligt med samordnade upphandlingar. De omfattar ofta stora belopp och relativt långa kontraktstider. Inom varje upphandlande myndighet finns det som regel en mängd olika typer av beställare, med olika behov, som avropar från de upphandlade ramavtalen. De huvudsakliga problemen inom upphandling av livsmedel är bl.a. att avtalade priser och sortiment blir föremål för omfattande revidering under kontraktstiden, att det råder oklarhet om vilka krav som är möjliga att ställa, exempelvis gällande djurskydd och transporter – samt hur de kan utformas, att det finns brister i konkurrens, att många upphandlingar blir föremål för överprövning samt att det brister i uppföljningen av upphandlingar och avtal.

Ett annat exempel är upphandling av kontorsmöbler. Problemen på detta område liknar i mångt och mycket de som finns på livsmedelsområdet. Utredningen har också uppmärksammats på att leverantörerna tycker att ramavtalsupphandlingar med rangordning är ett bekymmer. Rangordningen innebär ofta att tre leverantörer blir parter men att avrop endast sker från den som är första i ordningen. Det innebär att övriga anslutna leverantörer, vilka också lagt ned stort arbete på att skriva anbud och som planerat för en viss mängd avrop, inte får leverera. Upphandlingarna omfattar även här stora geografiska områden och flera olika produktområden. I många fall innebär det att små företag som inte erbjuder fullsortiment, utan är specialister på något område, inte kommer i fråga. Leverantörerna menar också att det är för stort fokus på priset på bekostnad av kvalitet. Det finns sällan något brukarperspektiv. Vidare sker inga uppföljningar av kontrakt och utvärdering sker heller inte. Möjligheten till förnyad konkurrensutsättning används inte. Om det används är det beställare långt ut i

⁶³ Konkurrensverkets rapport 2012:6, s. 41.

⁶⁴ Konkurrensverkets rapport 2012:3, s. 37.

organisationerna som genomför dessa och de saknar ofta kunskap om LOU. De nämnda problemen leder till höga priser, begränsning av konkurrensen eftersom små företag stängs ute samt till mängder av överprövningar. Det finns exempel på upphandlande myndigheter som genomfört dialog på olika sätt men där resultatet inte tas tillvara eftersom det saknas resurser.

Upphandling av hörseltekniska hjälpmedel har liknande problem som ovanstående områden, t.ex. gällande överprövningar men också andra specifika problem som berör konkurrensen. Antalet företag som verkar inom branschen har sjunkit. Ett annat problem är att företagen inte lämnar anbud på de nyaste produkterna. Ytterligare ett problem är att upphandlingarna utformas så att användarna får mycket kort tid på sig att prova ut hörapparaterna. Användarna upplever att kvaliteten i dessa fall blivit lidande.

Problemen som redovisats ovan kan ha olika orsaker. De kan bero på att den upphandlande myndigheten saknar rätt kompetens att hantera problemen och att hitta fungerande lösningar. Det kan vara brister i, eller avsaknad av upphandlingsstrategier. Men det kan också vara svårt för aktörerna att hitta fram till gemensamma lösningar på problemen om man samtidigt är motparter i en överprövning. Det är sannolikt också svårt att lösa strukturella problem när dialogen mellan köpare och säljare normalt sker inom ramen för en enskild upphandling.

5.5.2 En medlingsfunktion för strukturella problem

Ett sätt att ta itu med strukturella problem vid offentlig upphandling inom exempelvis ett varu- eller tjänsteområde, en viss bransch eller ett geografiskt område skulle enligt Upphandlingsutredningen kunna vara att involvera en tredje part. Denne part skulle ha som uppgift att bidra till att identifiera problemen och att hjälpa parterna att hitta långsiktiga lösningar. Det krävs dock att den tredje parten, dvs. medlaren, har gedigna kunskaper och erfarenheter om hela upphandlingsprocessen, såväl regelverk som tillämpning, för att aktivt kunna bidra till problemlösning på det aktuella området.⁶⁵

⁶⁵ Under åren 1997 till 2003 fungerade Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Konkurrensrådet) som ett forum för diskussioner mellan företrädare för offentlig och privat verksamhet. Rådet var inrättat av regeringen och sammansatt av representanter för både offentlig och privat sektor. I rådets uppgift ingick det att formulera

Medlingsfunktionen ska vara avsedd för strukturella problem inom exempelvis en viss bransch, produktområde eller geografiskt område och inte avse enskilda upphandlingar. Detta är en viktig gränsdragning med hänsyn till tillsynsmyndighetens och domstolarnas uppgifter.

Hur ska medlingen gå till och vad ska den resultera i

Om medlaren uppfattar att problemen inom ett område eller bransch har nått en sådan nivå att det krävs åtgärder ska medlaren, efter ansökan från en viss upphandlingsmarknad, sammankalla representanter för branschen ifråga och upphandlande myndigheter eller enheter. Tillsammans med parterna kan medlaren ansvara för att analysera och diskutera problembilden och arbeta fram en lösning. Den rekommenderade lösningen skulle kunna handla om så vitt skilda saker som en mera optimal utvärderingsmodell för den specifika produkten, en uppdelning av respektive upphandling i t.ex. kategorier eller produktområden, en standardisering av delar av förfrågningsunderlaget, olika former av dialog, ett införande av livscykelperspektiv, hur anbud kan jämföras eller hur leverantörer mera optimalt beskriver sina verksamheter för lättare jämförelse mellan olika anbud.

Syftet med medlingsfunktionen ska vara att, inom ramen för gällande lagstiftning, förbättra och effektivisera upphandlingarna och konkurrensen på en specifik upphandlingsmarknad. Vinsterna skulle vara uppenbara både för det allmänna och för leverantörerna. En sannolik effekt skulle sannolikt bli att antalet överprövningar minskar.

De åtgärdsförslag/rekommendationer som medlingsfunktionen tar fram med hjälp av parterna kan exempelvis publiceras på myndighetens hemsida. De kan på så sätt bli vägledande för övriga upphandlande myndigheter och leverantörer samt påverka marknaden i stort i en positiv riktning.

riktlinjer för offentliga aktörer som bedriver konkurrensutsatt verksamhet, med syfte att åstadkomma konkurrensneutrala villkor.

Rätten att initiera ärenden

Vem eller vilka som ska ha rätt att ansöka om medling är en central fråga, inte minst med hänsyn till behovet av att verksamheten inte ska tillåtas svälla okontrollerat och samtidigt förhålla sig till tillsynsmyndighetens verksamhet. Hur branschen ser ut kan också påverka vilka som ska ha rätt att ansöka om medling. Medlingsfunktionen måste därför tillåtas ett visst skönsmässigt utrymme att bedöma om en sökande har ett berättigat intresse av att få sin problematik behandlad.

Vem ska ansvara för medlingsfunktionen?

Upphandlingsutredningen anser att det samordnade upphandlingsstödet är ett lämpligt organ att ansvara för den föreslagna medlingsfunktionen. Med den kompetensbreddning som föreslås kommer den nya myndigheten, enligt utredningens bedömning, att utgöra en trovärdig mäklare. Det expertråd som föreslagits för den nya upphandlingsstödjande myndigheten, skulle kunna ha en viktig roll i att utforma metoder för medlingen, bidra med problemlösningssmodeller, föra in nya forskningsrön etc.

Tillsynsmyndighetens roll

Tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket, skulle kunna ges uppgiften att, genom löpande analyser av domar och enskilda klagomål, rapportera hur olika upphandlingsområden och marknader fungerar. Framförallt kan myndigheten vara en viktig resurs i medlingsfunktionens arbete och analysverksamhet. Det vore däremot inte lämpligt att medlingsfunktionen sköts av tillsynsmyndigheten. Skälet är bl.a. att tillsynsmyndigheten har ansvaret att föra talan om upphandlingsskadeavgift och då har upphandlande myndigheter och enheter som motpart.

6 Några centrala aspekter på socialt och miljömässigt ansvarsfull offentlig upphandling

6.1 Inledning

En av utredningens centrala uppgifter innebär att kartlägga och analysera erfarenheterna av olika åtgärder där den offentliga upphandlingen använts som verktyg för att nå olika prioriterade samhällspolitiska mål. De mål som i första hand avses är miljöhänsyn och sociala hänsyn samt en ökad medverkan av små och medelstora företag. Utredningen ska också utreda behovet av, och ge förslag på, de ytterligare åtgärder som kan vara aktuella för att köpkraften inom den offentliga sektorn ska kunna utnyttjas mera optimalt för att bidra till att nå samhällsmål som dessa.

Många aktörer har högt ställda förväntningar på möjligheterna att via specifika miljö- eller sociala krav i upphandlingen driva på utvecklingen i riktning mot ett mer hållbart samhälle. Till exempel är det i dag närmast regel att landets kommuner och landsting ställer någon form av miljörelaterade krav i sina upphandlingar. Likaså finns stora förväntningar på att göra deltagandet i upphandlingar enklare för små och medelstora företag, exempelvis genom att eliminera krav på viss omsättning som medför att mindre företag exkluderas. Det har, enligt utredningens uppfattning, blivit allt tydligare att upphandling i sig är ett av flera viktiga instrument som, på egen hand eller tillsammans med andra verktyg, kan användas för att verka för olika sociala och miljömässiga mål. Inte sällan utnyttjas upphandlingen som samhällspolitiskt instrument som ett resultat av klara meningsyttringar från invånarna i en viss kommun eller region. På samma sätt som företag kan använda upphandlingar för att bygga konsumenternas förtroende, kan den offentliga sektorn

använda upphandlingar som ett sätt att bygga upp/förstärka förtroendet hos invånarna/medborgarna/skattebetalarna.

Åter andra aktörer har intagit en mer restriktiv hållning beträffande lämpligheten att beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling. Man menar att dylika krav riskerar att göra upphandlingarna både mera komplicerade och dyrare. Vidare hävdas från vissa håll att det som regel finns mer kostnadseffektiva instrument – som generellt verkande administrativa eller ekonomiska styrmedel – att tillgå för att uppnå samhällspolitiska mål inom miljöområdet och det sociala området.

Som redan nämnts beräknas den offentliga upphandlingen omsluta mellan 15 och 20 procent av BNP. Av detta följer att det som upphandlas helt naturligt har betydande och, i vissa fall, rent avgörande påverkan på både samhällsekonomin i stort och, mera specifikt, den fysiska och sociala miljön. Formerna för hur varor och tjänster produceras – samt deras kvalitativa egenskaper – inverkar på såväl de arbetsmässiga och sociala förhållandena utmed hela leverantörskedjan som den fysiska miljön, både lokalt och globalt.

En svårighet i samband med diskussionen om upphandling som samhällspolitiskt styrmedel är den relativa bristen på forskning, inte minst ekonomisk, och därmed kunskaperna om hur upphandlingen bäst bedrivs för att nå prioriterade mål. Det gäller i synnerhet effekterna av att ställa miljömässiga eller sociala krav. Denna omständighet är enligt utredningens bedömning problematisk ur ett policyperspektiv. Många upphandlande myndigheter och enheter har uppenbarligen en önskan att använda den egna anskaffningen av varor och tjänster som ett medel för att påverka samhällsutvecklingen i en, som man uppfattar, miljömässigt och socialt hållbar utveckling. Då effekterna är bristfälligt utforskade finns risken att de vidtagna insatserna och åtgärderna inte når önskvärt resultat. Vilken typ av krav som ger vilka effekter, och till vilka kostnader, är frågor som är dåligt belysta. Därtill kommer problemet att det hos många upphandlande myndigheter och enheter råder en betydande osäkerhet om vilka möjligheter det finns rent juridiskt att ställa miljömässiga och sociala krav vid offentliga upphandlingar. För att råda bot på denna kunskapsbrist har utredningen i avsnitt 3.6 starkt förordat ökade anslag till forskningen om offentlig upphandling rent generellt och, mer specifikt, kring upphandlingen som politiskt styrmedel.

I det här kapitlet adresseras mot denna bakgrund ett antal centrala aspekter på att använda offentlig upphandling som ett medel

för att uppnå angelägna mål inom miljöområdet och det sociala området. Kapitlet inleds med en närmare beskrivning av de miljömässiga och sociala problem och utmaningar som utgör bakgrunden till att den offentliga upphandlingen i ökad utsträckning i Sverige, men också internationellt, kommit att ses som ett viktigt styrmedel (avsnitt 6.1). Därefter görs ett försök att ringa in hur de EU-rättsliga förutsättningarna att ställa miljökrav och sociala krav ser ut. Vad är möjligt att göra? Hur långtgående krav kan man egentligen ställa? (avsnitt 6.2) I det nästföljande avsnittet följer en diskussion av samhällsekonomiska aspekter på att använda offentlig upphandling som ett medel för att påverka samhället i en miljö- och hållbarhetsmässigt önskvärd riktning (avsnitt 6.3). Därefter görs ett försök att sammanfatta kunskapsläget rörande framför allt effekterna av att ställa miljökrav och sociala krav i offentlig upphandling (avsnitt 6.4). Kapitlet avslutas med utredningens sammanfattande bedömning av möjligheterna och lämpligheten att använda offentlig upphandling som ett medel för att främja en positiv utveckling inom miljö- och det sociala området.

Kapitlet fungerar också som en introduktion till de två nästkommande kapitlen som specifikt, och med betoning på praktiska förhållanden, behandlar miljömässigt hållbar upphandling (kapitel 7) och socialt ansvarsfull upphandling (kapitel 8).

6.2 Bakgrund

I det här avsnittet ges en bakgrund till det faktum att offentlig upphandling allt mer både i Sverige, inom EU men också globalt kommit att bli ett viktigt verktyg för att främja en positiv utveckling inom både miljö- och det sociala området. Upphandling som ett sätt att främja en positiv social utveckling; förr och nu.

6.2.1 Den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster har under lång tid använts för att uppnå mål inom det sociala området

I det följande ges en kort beskrivning, i en internationell kontext, av framväxten av sociala hänsyn i offentlig upphandling. Historiskt finns flertalet exempel från olika delar av världen där offentlig upphandling använts som ett instrument för att nå sociala mål. I USA,

England och Frankrike ställdes redan på 1800-talet sociala krav, främst rättvisa lönenivåer, på företag som ville teckna kontrakt med offentlig sektor. Efter första världskriget breddades perspektivet till att inkludera invalidiserade, före detta soldaters behov av arbete. Vid inledningen till andra världskriget påbörjades ett allt tydligare arbete för att använda upphandling som ett verktyg för att motverka rasdiskriminering i USA.

I dag omfattas alla diskrimineringsgrunder på federal nivå – ras, religion, kön, funktionshinder och ålder – och i princip samtliga federala upphandlingar. Systemet som benämns ”contract compliance” baseras på antidiskrimineringsklausuler samt krav på aktiva åtgärdsplaner. Liknande krav ställs i stor utsträckning även av delstater och städer. Därutöver finns det kompletterande system för att i vissa fall gynna småföretag – inklusive sådana som ägs av kvinnor, etniska minoriteter, personer med funktionshinder och krigsveteraner. Man ser helt enkelt den offentliga sektors anskaffning som ett sätt att åstadkomma sociala förbättringar i samhället, dvs. som ett av flera styrmedel som det offentliga förfogar över. När det gäller skyddet mot diskriminering och främjande av lika rättigheter och möjligheter anses det vara en central demokratifråga. Invånarna/skattebetalarna ska kunna känna sig trygga i principen att deras skattemedel inte ska gå till företag som kan misstänkas ägna sig åt någon form av diskriminering. Det är med andra ord en viktig förtroendefråga för den offentliga sektorn, och ett verktyg för att förstärka den sociala sammanhållningen i samhället.

Bred debatt inom EU kring förutsättningarna att främja miljömässiga och sociala mål vid offentlig upphandling

Både i Sverige och EU förs sedan ett antal år en bred debatt kring förutsättningarna att främja olika miljömässiga och sociala mål vid offentlig upphandling. På EU-nivå refereras ofta till EU:s sociala modell som inkluderar målsättningen om en socialt och miljömässigt hållbar samhällsutveckling. Kommissionen har i handledningen ”Socialt ansvarsfull upphandling”, angett att sociala krav kan

- bidra till att gällande social- och arbetslagstiftning efterlevs,
- kan stimulera utvecklingen av socialt medvetna marknader,
- visa på en socialt ansvarsfull samhällsstyrning,

- stimulera integration i olika former, samt
- säkra en effektivare användning av de offentliga utgifterna.¹

Även om forskningen om effekterna av att ställa sociala och miljömässiga krav är begränsad, finns omfattande information om olika policys och handlingsplaner om hållbar offentlig upphandling som under senare år utvecklats inom Unionen. I en undersökning som genomfördes under 2007 identifierades drygt hundratalet policys, från tjugosex av EU:s medlemsstater (Steurer 2011). Begreppet policy tolkades i detta sammanhang brett, antingen som lagstiftning, handlingsplaner eller vägledningar.

Storbritannien är sannolikt det land i Europa som kommit längst när det gäller socialt anpassad upphandling

Storbritannien framstår som det medlemsland som är mest aktivt när det gäller att använda olika hållbarhetskrav. Fokus ligger ofta på lokal upphandling och möjligheterna att skapa ekonomisk utveckling lokalt som gynnar sociala målsättningar. Det handlar ofta om att kontraktera frivilligorganisationer eller sociala företag. I Skottland förekommer så kallade *community benefit clauses* vid offentlig upphandling, vilka kan handla om att de kontrakterade företagen ska åta sig att, till exempel, anställa arbetslösa, vidta utbildningsinsatser eller stadsutvecklande åtgärder. Därutöver har många kommuner ställt krav på ett aktivt arbete för att främja lika rättigheter och möjligheter. Sedan en tid har alla offentliga myndigheter ett ansvar för att proaktivt främja lika rättigheter och möjligheter (*equality duty*) bland befolkningen – inklusive i sina upphandlingar.

Exkluderingsproblemen i samhället måste mötas på bred front

Sverige har ett av världens mest utbyggda välfärdssystem. Samtidigt finns det sprickor i välfärden. Många människor kommer inte till sin rätt, på grund av olika typer av handikapp eller diskriminering och socialt utanförskap eller exkludering. De insatser som görs av samhällets olika sociala institutioner för att möta exkludering och

¹ *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, Europeiska kommissionen, oktober 2010. En motsvarande handledning finns inom området miljöanpassad upphandling. *Att köpa grönt – En handledning om miljöanpassad offentlig upphandling*, Europeiska kommissionen, juni 2011.

ge stöd åt marginaliserade grupper är betydande. Dessa insatser kompletteras på många håll av det civila samhället, som erbjuder en mångfald olika verksamheter och metoder med syfte att bistå grupper som hamnat utanför gemenskapen. Detta till trots är det många människor som inte kommer till sin rätt, som inte får chansen. Resultatet blir alltför ofta social utestängning innebärande att människor med kapacitet, värderingar eller en livsstil som skiljer sig från ”normen” inte bereds plats. Därtill finns det oroande tendenser angående den politiska och sociala sammanhållningen i Europa. Tanken om lika rättigheter och möjligheter – i synnerhet oavsett etnicitet och religion – ifrågasätts alltmer.

Offentlig upphandling är ett av flera instrument

Det finns, enligt utredningens mening, starka skäl för offentlig sektor att gå före och, där så är möjligt, utnyttja sin köpkraft för att bidra till sociala mål i samhället. De internationella exemplen på upphandling, inriktade på social hållbarhet, via krav på likabehandling, tillgänglighet, anställning av långtidsarbetslösa, reserverade kontrakt m.m. indikerar att svenska myndigheter, kommuner och landsting – i sin roll som inköpare av varor och tjänster – skulle kunna göra betydande skillnad i relation till olika sociala mål. Ett exempel är när tydliga krav ställs på antidiskriminering och i villkoren ingår, att leverantörer som bryter mot dessa principer riskerar hävning av sina avtal. Andra exempel är när krav ställs på att en viss del av arbetsstyrkan vid en entreprenad ska utgöras av långtidsarbetslös ungdom eller när långtgående krav på tillgänglighet ställs, med syfte att gynna personer med fysiska handikapp. Även när det gäller respekten för grundläggande konventioner på mänskliga rättighets- eller arbetsrättens område att göra – eller kvalitén på arbetsmiljöförhållanden eller den fysiska miljön – kan väl avvägda krav i samband med offentlig upphandling göra stor skillnad. Landstingens uppförandekod är ett tydligt exempel på detta. Statens förordning om tillämpningen av antidiskrimineringskrav i upphandlingar hos Sveriges 30 största myndigheter är ett annat. Enligt utredningens mening är sammanfattningsvis skälen starka för att både bredda och tydliggöra möjligheterna för att statliga och kommunala myndigheter ska kunna ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.

Viktigt att få med organisationer inom frivilligsfären och s.k. non-profit-företag

Upphandlingsutredningen vill därtill särskilt framhålla betydelsen av att kontrakt på det sociala verksamhetsfältet i ökad utsträckning tilldelas frivilligorganisationer och sociala företag. Organisationer inom frivilligsfären och non-profitföretag bidrar positivt till att öka mångfalden av utförare och tjänster inom det sociala området. Mångfaldens betydelse för metodutvecklingen inom exempelvis missbruksvård, sjukvård, hemtjänst eller omhändertagande av socialt utsatta grupper kan inte nog betonas. De principer och värdegrunder som kännetecknar och bär upp många av dessa organisationer tillför samhället mycket positivt. Detta är ytterligare ett starkt argument för att bredda möjligheterna för frivilligsektorn och de sociala företagen att komma ifråga för olika upphandlingskontrakt.

6.2.2 Upphandling som ett sätt att möta miljö- och klimatmässiga utmaningar

Den offentliga upphandlingens påverkan på klimat, miljö och användningen av olika naturresurser är en omfattande och komplex frågeställning. Frågan måste självfallet ses i perspektivet av det mycket allvarliga läge som världen befinner sig i vad gäller miljö- och resursutnyttjandet och riskerna för ett mera instabilt klimat.

I utredningens delbetänkande gjordes en referens till det omfattande arbete som pågår på internationell nivå – inte minst i forskarvärlden – för att analysera problemen och ge förslag till lösningar. Särskilt uppmärksammades ett nytt och framväxande forskningsområde på temat "planetens gränser", under professor Johan Rockströms ledning. Forskarna har identifierat ett tiotal biofysiska processer på planeten av avgörande betydelse för välfärdsutvecklingen på sikt. Forskningen visar att människans aktiviteter är på väg att allvarligt äventyra vissa av dessa processer med, i framtiden, mycket svåra konsekvenser. Den slutsats forskarna drar är att en balans snarast måste nås mellan människans aktiviteter och biosfären.

Svårigheterna hittills att nå fram till effektiva beslut på internationell nivå när det gäller att möta hoten mot klimat och miljö är betydande. Avsaknaden av internationellt effektiva regelverk får dock inte innebära att utmaningarna kring klimat, miljö och resurser

lämnas därhän. Olika regioner – men också enskilda länder – kan göra mycket för att minska pressen i klimat, miljö- och naturresurshänsen och för att utveckla hållbar teknik och affärsmodeller som kan spridas till andra delar av världen. EU har på flera områden gett uttryck för en klar vilja att anta en ledande roll i arbetet för en mera hållbar utveckling. Ett tydligt exempel är handlingsplanen på klimatområdet, besluten om energieffektivisering och en kraftig ökning av andelen förnybar energi. Ett annat exempel är det initiativ som tagits för att kraftigt öka effektiviteten i naturresursanvändningen – Roadmap for a Resource-Efficient Europe. I underlagsmaterialet görs konstaterandet att välfärdsutvecklingen hittills varit utpräglad resursintensiv. Energi och råvaror har varit billiga och resultatet har kommit att bli strukturer, teknologier och konsumtionsmönster som är ineffektiva när det gäller att utnyttja energi och material. Samtidigt kan konstateras att prisutvecklingen för både energi och många viktiga råvaror är stigande, en effekt bland annat av den snabba tillväxten i många s.k. emerging economies.

I delbetänkandet gavs en referens till EU-kommissionens starka plädering för att radikalt förbättra effektiviteten i användningen av både energi och råvaror. Bland kommissionens förslag återfinns ett ersättande av dagens ofta linjära materialflöden med till övervägande delen slutna kretslopp – där återbruk och återvinning samt längre livslängd på produkterna blir normen. Motiven för en sådan utveckling är dels att rent allmänt minska pressen på naturresursbasen, dels öka tryggheten i försörjningen av både energi och råvaror – och hålla kostnaderna inom kontroll – samt slutligen att reducera utsläppen av växthusgaser. En ekonomi som karaktäriseras av hög effektivitet i naturresursanvändningen ger också betydligt lägre klimatpåverkan genom att energi- och materialflödena reduceras.

Miljöanpassad upphandling har sedan länge varit en prioriterad fråga inom såväl EU...

Precis som när det gäller lagar och regler som omgärdar den sociala välfärden är miljölagstiftningen ett exempel där Sverige internationellt ligger långt framme. Efter medlemskapet i EU är en betydande del av regelverket, både vad gäller miljö och klimat, initierat och förankrat på EU-nivå. Till detta ska läggas en rad internationella miljökonventioner, ofta inom ramen för FN.

Frågan om offentlig upphandling som ett instrument för att nå mål på miljö- och hållbarhetsområdet är inte ny. Principerna för miljöanpassad upphandling började utvecklas, i ett antal europeiska länder, redan i slutet av 1980-talet. I samband med den s.k. Cardiffprocessen 1999 fattades beslut om integrering av miljöhänsyn i EU:s samtliga beslut. Offentlig upphandling utpekades i detta sammanhang som ett strategiskt styrmedel.

I den s.k. Lissabonstrategin från år 2000 formulerade EU målet att till 2010 göra Europa till ”den mest konkurrenskraftiga, dynamiska och kunskapsbaserade ekonomin, med möjlighet till hållbar ekonomisk tillväxt med fler och bättre arbetstillfällen och en hög grad av social sammanhållning”. Ett tillägg till strategin markerade en vändpunkt. I den framhålls att ekonomisk tillväxt och social sammanhållning måste ske utan att miljön påverkas negativt. Redan 2001 presenterade EU-kommissionen ett meddelande om möjligheterna att kunna inkludera miljökriterier inom ramen för upphandlingsdirektiven. I ett senare meddelande – om integrerad produktspolitik – omnämndes för första gången att den miljöanpassade upphandlingen har god potential att bidra till att nå de fastställda miljömålen inom EU.

Miljöanpassad offentlig upphandling har, i en rad olika sammanhang, definierats närmare av EU-kommissionen. I ett meddelande från 2008 anges miljöanpassad offentlig upphandling vara ”en process där offentliga organisationer upphandlar varor, tjänster och entreprenader med låg miljöpåverkan under sin livscykel jämfört med varor, tjänster och entreprenader med samma funktioner som annars skulle upphandlas utan dessa miljöaspekter”.

I syfte att driva på utvecklingen inom Unionen rekommenderades EU:s medlemsländer att utveckla nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling. I slutet av 2009 hade sammanlagt arton medlemsländer påbörjat arbetet med dylika handlingsplaner.

... som i Sverige

Även i Sverige har under lång tid, åtminstone sedan början av 1990-talet, ansträngningar gjorts för att den offentliga upphandlingen ska vara så miljöanpassad som möjligt. Exempelvis beställde dåvarande Miljövårdsberedningen redan 1996, i pådrivande syfte, en vägledningsstrategi kring offentliga inköp från Naturvårdsverket,

dåvarande Nämnden för offentlig upphandling och Kemikalieinspektionen. Ett par år senare tillsatte regeringen Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling vars uppdrag bland annat var att utveckla hur miljökrav kan ställas i den offentliga sektorns anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader. Ett konkret resultat av delegationens arbete var det s.k. EKV-verktyget. Den operativa driften och vidareutvecklingen av EKV-verktyget överfördes 2003 till AB Svenska Miljöstyrningsrådet (MSR) och kallas nu Miljöstyrningsrådets Upphandlingskriterier.

I regeringens handlingsplan för ökade miljökrav i offentlig upphandling² från 2007 uttalades sedermera att miljökrav inte ställs i den utsträckning som är möjligt. Vidare framhölls att den offentliga sektorn bör, så långt som lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten det medger, ställa miljökrav vid upphandling. Handlingsplanen utvärderades under 2010 av Naturvårdsverket (se avsnitt 7.2).

Den s.k. bör-regeln fördes in i LOU och LUF 2010. Den innebär att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta.³

De nationella miljö kvalitetsmålen nås inte...

Lagstiftning och handlingsplaner till trots är det långt kvar tills Sverige lever upp till de sexton nationella miljö kvalitetsmålen som antagits av riksdagen. Riksdagen beslutade också år 2010 om ytterligare ett mål, det s.k. generationsmålet,⁴ med innebörden ”att till nästa generation lämna över ett samhälle där de stora miljöproblemen i Sverige är lösta, utan att orsaka ökade miljö- och hälsoproblem utanför Sveriges gränser”. De miljö kvalitetsmål som satts upp har till övervägande delen nationellt fokus, som *Frisk luft*, *Grundvatten av god kvalitet*, *Levande sjöar och vattendrag*, *Ett rikt odlingslandskap* och *Myllrande våtmarker*. Men det finns också ett antal mål där uppfyllandet i hög grad är kopplat till utvecklingen i världen i stort, som *Begränsad klimatpåverkan*, *Giftfri miljö*, *Hav i balans samt levande kust och skärgård*, *Bara naturlig försurning* och *Skyddande ozonskikt*.

² Miljöanpassad offentlig upphandling, Regeringens skrivelse 2006/07:54.

³ 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF.

⁴ Prop. 2009/10:155, bet 2009/10:MJU25, rskr 2009/10:377.

I stort sett all miljöpolitik måste numera ses i ett internationellt perspektiv, givet den starkt globaliserade ekonomi och de breda varuflödena över gränserna som vuxit fram – där inte minst Sverige är en aktiv aktör, till stor del tack vare våra framgångsrika exportnärningar. Detta innebär att våra produktions- och konsumtionsmönster har avgörande inverkan på miljötillståndet i Sverige, men också globalt. Stora och ökande mängder av material och produkter kommer till vårt land från andra delar av världen och utgör därmed en del av Sveriges totala och – för närvarande – ökande ekologiska fotavtryck.

... varför nya lösningar behövs

Som redan framhållits står våra samhällen, enligt utredningens bedömning, inför ett flertal stora utmaningar i form av ett alltmer instabilt klimat, överutnyttjade ekosystem, föroreningar av luft, mark och vatten samt långsiktigt icke hållbara nivåer vad gäller användningen av vissa naturresurser. Givet snabbt växande ekonomier och befolkningar kan dessa problem inte mötas genom att endast fokusera på marginella förbättringar inom ramen för nuvarande teknik och system. Världen behöver också genomgripande systemförändringar i form av tekniksprång, ändrade konsumtionsvanor och helt nya sätt att organisera både produktion och konsumtion.

Den offentliga sektorn bör gå före och kan i kraft av sin samlade köpkraft göra skillnad

Utredningen återkommer i ett särskilt avsnitt i betänkandet till behovet av och förutsättningarna för upphandling av s.k. *transformativa lösningar*. Denna typ av lösningar omprövar i grunden synen på hur behov bäst kan tillgodoses och förutsätts på en rad viktiga områden leda till radikalt ändrade beteendemönster. En ökning av s.k. virtuella möten, som drastiskt minskar behovet av resor, är ett exempel på en transformativ lösning. Redan här vill utredningen understryka att en viktig förutsättning för att denna typ av lösningar ska bli verklighet är att den offentliga sektorn tar på sig en ledande roll i arbetet. Ett helt centralt område, när det gäller omställning och förändring, utgörs av samhällets infrastrukt-

tur. Här svarar den offentliga sektorn för en väsentlig andel av de investeringar som årligen görs.

Den offentliga sektorn är även inom andra områden en kraftfull aktör och med stor påverkan på marknaden. Upphandlingen av fordon, elektronik, vitvaror, livsmedel m.m. är områden där väl utformade krav på hållbara lösningar kan utgöra en stark kraft för att utveckla nya affärsmodeller och koncept för hållbara varor och tjänster. Om till exempel de statliga ramavtalen gick in för att konsekvent hyra tjänster – i stället för att köpa elektronisk utrustning – skulle detta sannolikt leda till successivt förändrade affärsmodeller och en väsentlig reducering av energi- och materialflödena inom denna sektor. Överspilleffekterna på marknaden i stort av en sådan inriktning ska inte underskattas.

Sammanfattningsvis anser utredningen att det finns starka skäl att noga överväga hur den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster kan användas för att möta sociala och miljömässiga utmaningar av den typ som beskrivits i det föregående. Detta görs redan i betydande omfattning, i Sverige och utomlands. Men potentialen till förändringar är fortsatt stor. En fråga som hela tiden måste hållas i förgrunden är naturligtvis huruvida upphandlingsinstrumentet används på bästa möjliga sätt. Två helt centrala frågor är därvid: å ena sidan, vilka förutsättningar upphandlingslagstiftningen de facto ger att ta samhällspolitiska hänsyn, och å andra sidan, under vilka förutsättningar det är samhällsekonomiskt motiverat att ta dylika hänsyn. Det finns ju andra verktyg som samhället kan utnyttja för att möta problem som dessa. Dessa frågeställningar diskuteras mer ingående i de följande två avsnitten.

6.3 Hur långtgående krav och kriterier av miljömässig och social karaktär tillåter EU-lagstiftningen?

Den kanske vanligast förekommande frågan när man diskuterar miljöanpassad och socialt hållbar upphandling är hur de juridiska förutsättningarna ser ut. Vilka miljömässiga eller sociala krav får upphandlande myndigheter ställa i en upphandling? Hur långtgående krav är möjliga? Till en början kan konstateras att det framgår klart av upphandlingsdirektiven att miljökrav i offentliga upphandlingar får ställas under förutsättning att de är förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principernas krav på icke-diskrimi-

nering, likabehandling, transparens, dvs. öppenhet och förutsägbarhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. I Sverige regleras möjligheten att ställa miljökrav i offentlig upphandling av LOU och LUF. Faktum är att numera har upphandlande myndigheter och enheter inte bara möjlighet att ställa miljökrav vid upphandling – de uppmuntras att göra det genom den så kallade ”bör-regeln” som 2010 infördes in i LOU och LUF. I denna bestämmelse anges att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta. Bör-regeln syftar således till att skapa ett incitament för upphandlande myndigheter att integrera miljöhänsyn i sina upphandlingar.⁵

Att miljöhänsyn bör beaktas om upphandlingens art motiverar detta innebär enligt förarbetena framför allt att eventuella krav ska vara förenliga med principerna i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF samt att kraven i fråga är relevanta.⁶ Vidare anges att kraven ska vara uppföljningsbara och kontrollerbara samt faktiskt följas upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Detta till trots råder det en betydande osäkerhet bland upphandlande myndigheter och enheter om vad som är möjligt, inte minst beträffande möjligheterna att ställa längre gående krav än vad som följer av EU-rätten. Diskussionen har i Sverige framförallt fokuserats på frågan om det EU-rättsliga utrymmet att ställa djurskyddskrav. Frågeställningen, dvs. hur långtgående krav och kriterier EU-rätten tillåter, är dock av principiell karaktär.

Utredningens delbetänkande redogjorde bland annat för att utvecklingen i kammarrättspraxis hade lett till en situation där de upphandlande myndigheternas arbete med att ställa miljökrav, i synnerhet djurskyddskrav, försvårats.⁷ Ett utslag tolkades så att miljökrav som går utöver motsvarande krav i EU:s harmoniserande sekundärlagstiftning utgör otillåtna handelsrestriktioner. I delbetänkandet drogs slutsatsen att det behövdes en EU-rättslig analys av möjligheterna att ställa miljökrav och sociala krav under de aktuella omständigheterna. Utredningen har därför låtit docent Jörgen Hettne, expert på EU-rätt, analysera frågeställningarna. Därefter har professorerna Roberto Caranta och Peter Kunzlik, båda med inriktning på EU:s upphandlingslagstiftning, fått i uppdrag att kommentera Hettnes EU-rättsliga analys.⁸ Därvid har två olika

⁵ Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*, s. 267–273.

⁶ Prop. 2009/10:180, s. 273.

⁷ Kammarrätten i Göteborg i mål nr 2216-221-10.

⁸ Analysen och kommentarerna redovisas i bilagorna 12–14.

synsätt utkristalliserats som utredningen benämner inre marknads- respektive multipolicyperspektivet. Utredningen har analyserat argumenten och dragit vissa slutsatser. I det här avsnittet sammanfattas denna analys som i sin helhet redovisas i bilaga 11 a).

Utredningens slutsatser kan dock inte ses som sista ordet i denna fråga. Sist och slutligen avgörs på EU-nivå vilken tolkning som ska råda. Den kommer i form av avgöranden från EU-domstolen eller bestämmelser från EU:s lagstiftande församlingar.

Kort om begreppen krav, kriterier och utförarvillkor samt olika typer av harmoniserande EU-lagstiftning

När utredningen i detta avsnitt talar om krav i offentliga upphandlingar avses sådana (obligatoriska) krav på varan eller tjänsten som framgår av förfrågningsunderlagets kravspecifikation och således definierar föremålet för upphandlingen. Med kvalifikationskrav avses de krav som specifikt ställs på leverantören och som avser dennes ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet (dessa krav behandlas endast indirekt i avsnittet). Endast de anbud och de anbudsgivare som uppfyller kraven får gå vidare till anbudsutvärderingen. Begreppet kriterier hänvisar till de omständigheter som får beaktas/premieras vid utvärderingen. Dessa kallas utvärdering- eller tilldelningskriterier och är – till skillnad mot kraven – dynamiska till sin natur. I utförandevillkor anges hur kontraktet ska genomföras. Dessa villkor gäller således endast under utförande av kontraktet.

Minimiharmoniserande EU-lagstiftning ger medlemsstaterna ett visst utrymme för nationella föreskrifter som går längre än EU:s reglering. Det nationella handlingsutrymmet begränsas dock av EUF-fördragets bestämmelser och de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling, ickediskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. EU-lagstiftning som är total- eller fullharmoniserande innebär att medlemsstaten måste tillåta fri rörlighet för varor och – i förekommande fall – tjänster som uppfyller de harmoniserade kraven. Denna typ av harmonisering utgör både golv och tak och det finns ingen generell möjlighet att avvika från dessa bestämmelser med undantag för det fall att de innehåller en säkerhetsventil.⁹ Frivillig harmonisering innebär att medlemsstaterna

⁹ Säkerhetsventilen medger att en medlemsstat, under givna förutsättningar, tillfälligt får förbjuda en viss vara. Det krävs dock att medlemsstaten meddelar övriga medlemsstater och

måste tillåta varor och tjänster, från producenter etablerade i andra medlemsländer, som möter EU:s krav. Medlemsstaten får dock behålla ett parallellt nationellt system med t.ex. strängare bestämmelser som producenterna i det aktuella landet ska följa.¹⁰

Huruvida de harmoniserande bestämmelserna även sätter gränser för vilka krav, villkor och kriterier som får användas i upphandlingar är föremålet för diskussionen i detta avsnitt.

6.3.1 Krav som går längre än fullt ut harmoniserande lagstiftning

Sammanfattningsvis anser Upphandlingsutredningen att oklarheten rörande frågan, huruvida upphandlande myndigheter får ställa krav på varan eller tjänsten som går längre än motsvarande krav i fullt ut harmoniserande EU-lagstiftning, främst beror på avsaknaden av tydlig praxis från EU-domstolen. Samtidigt konstaterar utredningen att det övergripande syftet med EUF-fördraget, inklusive de senaste årens politiska utveckling inom EU, inte minst sedan Lissabonfördraget, talar för att myndigheter som vill gå längre än EU:s harmoniserade regler, i syfte att uppnå miljömässiga eller sociala mål, i princip bör kunna göra detta. Utredningen delar därmed multipolycyperspektivets inställning (se nedan). Företrädare för inre marknadsperspektivet är av en annan åsikt. De anser att EU-domstolen i *Medipac*¹¹ ger stöd till deras tolkning att fullt ut harmoniserande lagstiftning sätter ramarna för vilka krav som en upphandlande myndighet får ställa.

6.3.2 Inre marknadstestetets tillämpning på krav inom icke-harmoniserade områden

På områden som inte är föremål för harmoniserande lagstiftning får upphandlande myndigheter enligt inre marknadsperspektivet ställa sådana krav som uppfyller det s.k. inre marknadstestet. Testet har utvecklats i EU-domstolens praxis och, genom avgörandet i *Contse*¹²,

kommissionen om åtgärden och skälen därför. Se exempelvis Rådets direktiv 70/156/EEG av den 6 februari 1970 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om typgodkännande av motorfordon och släpvagnar till dessa fordon [Europeiska gemenskapernas officiella tidning L 42, 23.02.1970].

¹⁰ Läs mer om harmonisering i bilaga 11 a.

¹¹ EU-domstolens avgörande i mål C-6/05 *Medipac*.

¹² EU-domstolens avgörande i mål C-234/03 *Contse*.

utsträckts till att omfatta krav och kriterier också i offentliga upphandlingar. Testets syfte är att stoppa generella åtgärder inom icke-harmoniserade områden som otillbörligt hindrar varor och tjänsters fria rörlighet. Sådana åtgärder är dock tillåtna om de klarar testet. För att så ska vara fallet krävs att åtgärden är motiverad av en tvingande hänsyn till allmänintresset¹³ och därtill icke-diskriminerande och proportionerlig i förhållande till det eftersträvade målet.

Multipolicyperspektivet, särskilt Kunzlik, anser att testet ska tillämpas endast på krav inom icke-harmoniserade områden när de begränsar potentiella leverantörernas faktiska tillträde till upphandlingsförfarandet, dvs. kvalificerings-/tillträdesfasen. Krav som däremot syftar till att definiera vad den upphandlande myndigheten önskar att köpa ska enligt Kunzlik inte omfattas av inremarknadstestet.

Upphandlingsutredningen anser att det finns goda argument som talar för Kunzliks teori. Utredningen kan inte heller finna uttryckligt stöd i EU-domstolens avgöranden för att påstå att inremarknadstestet ska tillämpas också på sådana krav (eller andra åtgärder) som definierar köpet. Det har enligt utredningens bedömning knappast varit EU-lagstiftarens eller EU-domstolens avsikt att ingripa i medlemsstaternas angelägenheter i så motto att varje upphandlingsåtgärd i princip ska vara motiverad av ett tvingande hänsyn till allmänintresset¹⁴.

6.3.3 EU-rättens inverkan på tilldelningskriteriernas utformning

Upphandlingsutredningen anser vidare att EU-domstolen och upphandlingsdirektiven ger uttryck för att myndigheterna har ett relativt stort utrymme att, utifrån egna preferenser, välja tilldelningskriterier, dvs. under förutsättning att de uppfyller de fyra kriterierna som framkommer av domstolens avgörande i *Concordia Bus*.¹⁵ Dessa innebär att tilldelningskriterierna ska ha koppling till kontrakts-

¹³ Av artikel 36 EUF-fördraget följer följande allmänintressen: allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. EU-domstolen har sedermera vidareutvecklat begreppet i ett antal domar. Se exempelvis sammanställningen av I P. Oliver, *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5:e upplagan, Hart 2010, s. 239 ff.

¹⁴ Se föregående fotnot.

¹⁵ EU-domstolens avgörande i mål C-513/99 *Concordia Bus Finland*.

föremålet, inte får medföra obegränsad valfrihet, vara transparenta och förenliga särskilt med principen om ickediskriminering. Dessa krav ska enligt utredningen vara uppfyllda oavsett om det finns harmoniserande lagstiftning eller inte.

Hettne, som företräder inremarknadsperspektivet, utesluter inte heller användningen av tilldelningskriterier som går längre än harmoniserade standarder, dvs. under förutsättning att även de företag som uppfyller fullharmoniserande krav får delta och lämna anbud. Hettne argumenterar med stöd av *Contse* för att alla tilldelningskriterier, åtminstone de som inte omfattas av harmoniserande regler, ska klara inremarknadstestet. Därutöver ska de fyra kriterierna som följer av *Concordia Bus* tillämpas.

Caranta och Kunzlik anser att multipolicyapproachen i upphandlingsdirektiven och EU-politiken talar för att en upphandlande myndighet får gå längre än harmoniserad lagstiftning vid utformningen av sina tilldelningskriterier. Kunzlik anser – i likhet med tidigare resonemang – att tilldelningskriterier som definierar köpet inte ska omfattas av inremarknadstestet. Upphandlingsutredningen anser vidare – i likhet med Kunzlik – att det i EU-domstolens avgöranden saknas ett uttalat stöd för att inremarknadstestet ska tillämpas på de tilldelningskriterier som definierar köpet. Samma argument kan här anföras som beträffande de krav som kan ställas, dvs. det orimliga i att EU-rätten reglerar vad den upphandlande myndigheten får köpa.

6.3.4 EU-rättens inverkan på utförandevillkorens utformning

Utförandevillkoren har utvecklats i EU-domstolens praxis och därefter kodifierats i upphandlingsdirektiven. De anger hur ett kontrakt ska genomföras. Sociala hänsyn, miljöhänsyn men också andra aspekter får enligt EU-kommissionens vägledning ingå i utförandevillkor under förutsättning att de

- är kopplade till kontraktets fullgörande,
- anges i meddelandet om upphandling, och

- är förenliga med EU-rätten, inklusive de allmänna principerna i EUF.¹⁶

Hettne, som företräder inremarknadsperspektivet, utesluter inte att upphandlande myndigheter i samband med utförandevillkor kan gå längre än harmoniserande lagstiftning i syfte att exempelvis uppmuntra innovationer och miljöhänsyn. Det får dock ske endast under förutsättning att de varor och tjänster som uppfyller den harmoniserande lagstiftningen inte utesluts från att delta i processen. Enligt Hettne måste utförandevillkor inom icke-harmoniserade områden, utöver kravet på kopplingen till föremålet för upphandlingen, också klara inremarknadstestet.

Caranta och Kunzlik behandlar inte närmare utförandevillkor i sina respektive kommentarer. Enligt doktrinen, om att köpbeslut undantas inremarknadstets tillämpning, utgör icke-diskriminerande köpåtgärder i form av utförandevillkor inget handelshinder.

Som inremarknadsperspektivet anger finns utrymme att använda utförandevillkor som går längre än harmoniserande lagstiftning. Upphandlingsutredningen anser att inremarknadstestet, som enligt tidigare resonemang endast ska tillämpas på s.k. tillträdeskrav, inte blir aktuella på utförandevillkor. Dessa behöver nämligen inte vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudsgivning utan först i samband med kontraktets utförande. Utförandevillkorens utformning begränsar således inte presumtiva leverantörers möjligheter att delta och lämna anbud.

6.4 Ett samhällsekonomiskt perspektiv på miljömässigt och socialt hållbar offentlig upphandling

Vilka är de samhällsekonomiska motiven för miljöanpassad respektive socialt ansvarsfull offentlig upphandling?

Som framgick inledningsvis finns det flera olika skäl till varför upphandlande myndigheter och enheter ställer miljökrav eller sociala krav i upphandlingar, skäl som varierar beroende på vilket perspektiv på frågan som anläggs. Biologer och andra naturvetare har sina

¹⁶ Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling, En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, 2010, s. 43. Kommissionen tolkar EU-domstolens avgörande i mål C-31/87 Beentjes, p. 28–36.

perspektiv. Kommunpolitiker som ska ta tillvara kommuninvånarnas intressen har sina perspektiv. Företrädare för näringslivet har sina perspektiv etc.

Vilka är skälen om ett samhällsekonomiskt perspektiv anläggs? I kapitel 3 konstateras att utifrån ett samhällsekonomiskt perspektiv finns det i grunden två olika skäl till att den offentliga sektorn griper in i samhällsekonomin och tar på sig olika uppgifter. Dels effektivitetsrelaterade skäl, dels jämlikhets- eller rättviserelaterade skäl. En faktor att hålla i minnet när man diskuterar miljöanpassad upphandling respektive socialt ansvarsfull upphandling är att de samhällsekonomiska motiven för att göra detta skiljer sig radikalt åt avseende dessa grundläggande skäl.

Att ställa miljökrav i offentlig upphandling kan i huvudsak motiveras med att den offentliga sektorn vill öka den samhällsekonomiska effektiviteten, dvs. effektivitetsskålet är dominerande. Det är ett faktum att många konsumtions- eller produktionsprocesser ger upphov till påverkan av olika slag, som hårdhänt exploatering av naturområden, utsläpp som har negativ miljö- eller hälsopåverkan, t.ex. cancerframkallande ämnen eller svavel- och kväveoxider som bidrar till försurning av sjöar och skogar. I frånvaro av offentliga ingrepp tenderar de enskilda producenterna eller konsumenterna att inte i tillräcklig grad beakta sådan påverkan när de gör sina konsumtions- och produktionsbeslut, med allvarliga störningar som följd. En samhällsekonomiskt ineffektiv resursanvändning uppstår. För att hantera sådana negativa externa effekter griper det offentliga in på olika sätt för att förmå producenter och konsumenter att beakta problemet.

När det gäller ambitionerna att ta sociala hänsyn i anskaffningen är skälet inte primärt en strävan efter ökad samhällsekonomisk effektivitet. I stället dominerar jämlikhets- eller rättvisemotivet, jämte en vilja att agera moraliskt och etiskt riktigt, något som också kan sägas gälla för de allra flesta miljöbetingade insatserna.

Dessa skillnader i motiv har bland annat implikationen att miljöanpassad upphandling respektive socialt ansvarsfull upphandling i grunden har delvis olika mål eller syften. Det är viktigt inte minst ur ett strategiskt perspektiv. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste vara klar över vad det är man vill uppnå genom de formulerade kraven.

Miljöanpassad upphandling är bara ett av flera styrmedel för att hantera negativa externa effekter

Vid varje diskussion om hur statsmakterna ska komma tillrätta med externa miljöeffekter av en viss produktion eller konsumtion brukar en skiljelinje dras mellan s.k. administrativa styrmedel – regleringar av olika slag – och ekonomiska styrmedel, typiskt skatter eller subventioner. Den förstnämnda kategorin regleringar kan ta sig många olika uttryck. Ett exempel är krav på att fordon ska ha katalysatorer för att reducera utsläppen av vissa starkt hälsovådliga partiklar. Ett annat exempel är krav på att fordon inte får släppa ut mer än en viss mängd av ett visst ämne eller viss substans, t.ex. de krav på maximala koldioxidutsläpp som EU ålagt biltillverkarna. Genom att ställa dessa krav på producenterna kan utsläppen av klimat- eller miljöskadliga ämnen reduceras. Generellt kan man säga att styrmedlet regleringar tar sikte på att reducera mängden skadliga utsläpp eller påverkan.

Ett alternativ till regleringar är ekonomiska styrmedel, som syftar till att påverka producenternas eller konsumenternas beteenden genom ekonomiska incitament. Statsmakterna kan t.ex. bestämma att producenter av en viss vara eller tjänst måste betala en skatt för varje enhet som de producerar. Skatten ökar företagets produktionskostnader, och bidrar därmed till att såväl produktionen som konsumtionen av produkten effektiviseras och/eller minskar, med följderna att den negativa miljöpåverkan också reduceras. Men skatten kan även läggas direkt på konsumtionen av varan, t.ex. bensinskatten, med en liknande utsläppsminskning som följd. Det ekonomiska styrmedlet kan också ta formen av en subvention som stimulerar ökad produktion eller konsumtion av vissa varor eller tjänster som statsmakterna vill främja.

Beträffande valet mellan regleringar och ekonomiska styrmedel är det svårt att dra några generella slutsatser. Resultaten är beroende av vilka antaganden som görs. En faktor som tenderar att påverka analysen är t.ex. huruvida olika producenters kostnader för att ”rena” sina utsläpp skiljer sig åt. En annan faktor av betydelse är vilken information som statsmakterna har om företagets produktions- och reningskostnader. Ytterligare en faktor har att göra med konsumenternas känslighet för prisökningar.

Det finns emellertid en allmän utsago att göra och det är att valet av instrument primärt beror på om statsmakterna är intresserade av att åstadkomma en specifik utsläppsreduktion eller om

fokus ligger på att åstadkomma den mest kostnadseffektiva lösningen på ett externalitetsproblem.¹⁷ Regleringar är att föredra om det mest prioriterade målet är att åstadkomma en viss specifik utsläppsreduktion. Annorlunda uttryckt är offentlig upphandling ett måleffektivt instrument. Ekonomiska styrmedel är däremot att föredra om det primära syftet är att reducera ett visst utsläpp till den lägsta möjliga samhällsekonomiska kostnaden, dvs. det är ett kostnadseffektivt instrument.

Beroende på utformning kan miljöanpassad upphandling ha karaktären av både reglering och ekonomiskt styrmedel

Frågan är hur offentlig upphandling som instrument för att hantera negativa externa effekter förhåller sig till kvantitetsregleringar kontra ekonomiska styrmedel? Har miljöanpassad upphandling mer karaktären av en reglering än ett ekonomiskt styrmedel? Svaret är att det beror på hur de krav som ställs i upphandlingen är formulerade. Krav på att en viss teknik ska användas, som till exempel energisnål utrustning, kan liknas vid en form av reglering. Men kraven kan också utformas på ett sådant sätt att de kan få karaktären av ett ekonomiskt styrmedel – till exempel genom att ersättningen till leverantörerna betingas av vilken teknik som används. Det är med andra ord inte givet hur man ska betrakta miljöanpassad upphandling som samhällsekonomiskt styrmedel.

Detta resonemang kan utvecklas ytterligare. En aspekt på offentlig upphandling som styrmedel inom miljöområdet, som såvitt utredningen kan förstå, inte uppmärksammas hittills är nämligen den grundläggande omständigheten att upphandlande myndigheter eller enheter genom sin efterfrågan på marginalen styr vilken kvantitet av en vara eller tjänst som ska produceras. Det faktum att myndigheterna och enheterna i viss utsträckning bestämmer hur mycket som ska produceras innebär att de indirekt bestämmer magnituden på externalitetsproblemet: genom att efterfråga en mindre kvantitet av en vara eller tjänst minskas även miljöbelastningen och därmed externalitetsproblemet. Detta är givetvis ingen revolutionerande insikt. Den innebär emellertid att instrumentet miljöanpassad upphandling tillförs ytterligare en dimension.

¹⁷ Se t.ex. Gruber J., *Public Finance and Finance Policy*, 2011.

Samhällsekonomiskt bör miljöhänsyn och sociala hänsyn beaktas i offentliga upphandlingar närhelst samhällsnyttan av att göra så är större än alternativkostnaden och vice versa...

Den samhällsekonomiska aspekten är viktig att ha i åtanke när man diskuterar miljömässigt och socialt hållbar offentlig upphandling. Utgångspunkten i en samhällsekonomisk analys av miljöanpassad respektive socialt ansvarsfull offentlig upphandling är att resurserna i samhället är begränsade och att det gäller att använda dem på bästa möjliga sätt. Resurser tas oundvikligen i anspråk när man ställer krav att potentiella leverantörer till den offentliga sektorn ska ta olika miljömässiga och sociala hänsyn. Det gäller i synnerhet sådana hänsyn som går utöver vad som är brukligt eller standard på de aktuella marknaderna. Det kan handla om:

- krav på insatsvarorna (t.ex. miljöklassade bränslen) som gör dem dyrare att producera,
- krav på produktionsfaktorerna (t.ex. att fordon ska hålla en viss miljöklassning) som gör att leverantörerna måste göra nyinvesteringar för att kunna lämna anbud,
- bemanningskrav som går utöver vad som är affärsmässigt motiverat (t.ex. att sysselsätta personer som av olika skäl befinner sig långt ifrån arbetsmarknaden) vilket kan innebära merkostnader och lägre produktivitet, etc.

Men det kan också handla om att företagens kostnader för att erhålla en miljöcertifiering, ha ett miljöledningssystem etc. leder till ökade anbudspriser. Sist, men inte minst, kan det handla om att upphandlande myndigheters och enheters kostnader för uppföljning ökar till följd av en utökad kravmängd.

Syftet med att ställa miljö- och sociala krav är, som framgått i det föregående, att främja en positiv miljöutveckling och social utveckling. Detta är givetvis eftersträvansvärt, inte minst mot bakgrund av de utmaningar i form av ett mer instabilt klimat, knapphet för vissa naturresurser och överutnyttjade ekosystem som står för dörren och de problem av utanförskap och exkludering som envist biter sig fast i samhällskroppen. De extra resurser som tas i anspråk när miljö och sociala krav ställs har emellertid en alternativ användning – en användning i vilken de kanske skulle ge större samhällsnytta än vad som kan uppnås genom de ställda miljö- eller sociala kraven i offentliga upphandlingar. Värdet av denna alternativa

användning av resurserna, alternativkostnaden, ska ställas mot den nytta som uppnås. Om alternativkostnaden överstiger den samhällsnytta som uppnås är det inte samhällsekonomiskt effektivt eller lönsamt. En större effekt skulle då kunna uppnås genom någon annan typ av insats eller åtgärd.

Omvänt, om den samhällsnytta som uppnås överstiger alternativkostnaden bör hänsynen tas/kraven ställas och kanske till och med skärpas. Ett dylikt samhällsekonomiskt resonemang har en tilltalande och enkel logik: ta miljö- och sociala hänsyn genom väl utformade krav i offentliga upphandlingar närhelst samhällsnyttan av att göra så är större än alternativkostnaden och vice versa. Att översätta denna logik till praktisk handling är dock av flera anledningar svårt.

... en beslutsregel som dock är svår att svår att tillämpa i praktiken

En första anledning är att det många gånger är svårt att uppskatta vilka effekter som uppnås och hur dessa ska värderas. Som framgår längre fram i det här kapitlet är kunskaperna om vilka effekter som uppnås genom miljöanpassad upphandling respektive socialt ansvarsfull upphandling bristfälliga. Det beror både på att få s.k. effektutvärderingar genomförts och att dessa är svåra att göra på ett tillförlitligt sätt. Därtill kommer att det generellt sett ofta är ännu svårare att beräkna vilken samhällsnytta som genererats till följd av en uppnådd effekt. Det är svårt att sätta ett specifikt värde på en bättre miljö eller att ett socialt problem minskat i omfattning. Saken kompliceras ytterligare av att det inte alltid är klart vilken alternativkostnaden egentligen är, dvs. vad som är det bästa alternativet till att ställa krav på att leverantörerna ska ta vissa miljö- eller sociala hänsyn. Den sistnämnda punkten är också intimt förknippad med alternativets förutsättningar att genomföras i praktiken. En teoretiskt, aldrig så elegant och effektiv lösning, har föga praktisk relevans om den inte går att implementera.

En ytterligare anledning har att göra med mängden olika krav och hur de utformas. När en upphandlande myndighet eller enhet i förfrågningsunderlaget ställer krav på att leverantörerna ska ta miljöhänsyn eller sociala hänsyn kan detta göras på ett flertal olika sätt. Det är sannolikt att såväl kravnivån, dvs. hur "strängt" eller ambitiöst kravet är, som kravens utformning påverkar vilken effekt

eller påverkan som uppnås men också till vilken kostnad. Detta beror i sin tur på vilka möjligheter – hur enkelt eller svårt – som leverantörerna har att leva upp till kraven, men också på vilka möjligheter det finns för den upphandlande myndigheten att följa upp att kraven faktiskt uppfylls under avtalstiden. I varje given upphandling finns det en optimal ”mix” av krav och uppföljning, en mix som sannolikt kan variera mellan olika upphandlingar och olika produktområden. Denna omständighet försvårar jämförelser mellan olika alternativ och det kan vara svårt att hitta det mest rättvisande jämförelsen. Att ställa en viss typ av krav inom ett område kan t.ex. sannolikt vara samhällsekonomiskt effektivt medan en annan typ av krav inom samma område kan resultera i ett motsvarande dåligt utnyttjande av resurser.

En tredje anledning är att denna ansats begränsar den samhällsekonomiska analysen till att enbart handla om effektivitet. Samhällsekonomisk effektivitet är förvisso alltid av central betydelse i den meningen att en samhällsekonomiskt ineffektiv politik, t.ex. att i en upphandling ställa miljökrav som kostar samhället mer än den nytta som skapas, är en form av slöseri med resurser: större måluppfyllelse skulle kunna uppnås med de tillgängliga resurserna genom att göra på något annat sätt. Att en politik ska vara samhällsekonomiskt effektiv är dock bara en av flera önskvärda egenskaper. Det är också viktigt att den upplevs som rättvis, att den är flexibel, att den faktiskt går att genomföra m.m. – aspekter som vi återkommer till längre fram i det här avsnittet.

I praktiken måste en samhällsekonomisk analys av miljöanpassad och socialt ansvarsfull upphandling ha ett brett anslag

När man diskuterar lämpligheten i att använda offentlig upphandling som instrument eller styrmedel på miljöområdet respektive det sociala området är det viktigt att ha ett brett anslag så att alla centrala aspekter täcks in och att inte oönskade bieffekter uppstår. I det följande redovisas faktorer som utredningen bedömer vara viktiga i sammanhanget. Två mer eller mindre självklara egenskaper är att instrumentet ska ha önskvärd effekt och att instrumentet faktiskt ska gå att implementera. Vägledning vad gäller övriga egenskaper kan erhållas från den samhällsekonomiska litteratur som handlar om utformningen av offentliga system som skatter, social-

försäkringar etc. Därvid framstår att följande fem egenskaper bör hållas i åtanke:

Samhällsekonomisk effektivitet

Det är, som sagt, angeläget att en åtgärd är så samhällsekonomiskt effektiv som möjligt. Detta kan i den aktuella upphandlingskontexten innebära flera olika aspekter. För det första bör man vid valet mellan två instrument eller åtgärder välja det minst resurskrävande instrumentet. För det andra är det viktigt att förstå att, när den privata marknaden antas fungera effektivt¹⁸ och det offentliga griper in med t.ex. en skatt eller ett annat slags krav, så riskerar en samhällsekonomisk ineffektivitet att skapas. Detta är betydelsefullt att ha med sig när en upphandlande myndighet eller enhet funderar över om ett miljökrav eller socialt krav ska ställas eller inte: ”om det inte finns något problem försök då inte fixa det”. Med andra ord bör inte upphandlande myndigheter eller enheter slentrianmässigt ställa krav på miljöhänsyn eller sociala hänsyn, utan det bör finnas en klar bild över vad som är syftet. En närliggande aspekt på detta är när krav ställs som på något sätt begränsar konkurrensen på marknaden, vilket också kan ha en negativ påverkan på den samhällsekonomiska effektiviteten.

Sammanfattningsvis kan det många gånger vara besvärligt att förutse hur den samhällsekonomiska effektiviteten påverkas av olika typer av offentliga ingrepp då det i hög grad är avhängigt beteendemässiga konsekvenser som inte alltid är enkla att förutse.

Jämlikhet/rättvisa

Det är också angeläget att bedöma hur det instrument som används påverkar konsumenter eller producenter ur ett jämlikhets- eller rättviseperspektiv. Här brukar man i den samhällsekonomiska litteraturen skilja på två olika typer av jämlikhet eller rättvisa. Dels horisontell rättvisa, dels vertikal rättvisa. Med horisontell rättvisa avses att åtgärden eller instrumentet bör behandla individer eller företag som är i samma position på ett likartat sätt. Vertikal rättvisa syftar i sin tur på att individer eller företag, som kan förväntas ha större kapacitet att bära en skatt eller möta ett krav, ska betala mer

¹⁸ Marknaden har en fungerande konkurrens, inga eller försumbara externaliteter m.m.

i skatt eller möta ett tuffare krav. En koppling till offentlig upphandling skulle här kunna vara att horisontell rättvisa uppnås då ett och samma krav ställs på alla potentiella leverantörer, vilket måste vara fallet enligt upphandlingsregelverkets ickediskrimineringsprincip. Dylika krav behöver dock inte nödvändigtvis rimma väl med den andra formen av rättvisa. Det är förmodligen på det viset att vissa av de krav som ställs i upphandlingar gynnar stora företag eftersom de ofta har högre administrativ kapacitet, mer utvecklade kvalitets-system m.m.

Flexibilitet

En tredje önskvärd egenskap är att det instrument som används har en viss flexibilitet. Ekonomiska och andra skeenden i samhället förändras ibland snabbt och det är önskvärt att det instrument man använder, för att t.ex. komma till rätta med en negativ extern effekt, är enkelt att justera och anpassa till de ändrade förutsättningarna.

Administrationskostnader

Det är ett faktum att så gott som alla offentliga system eller åtgärder innebär administrativa kostnader¹⁹ och att de varierar kraftigt mellan olika system och åtgärder. Det beror på kostnaderna för att designa, implementera och driva systemet samt de kostnader som uppstår för medborgare eller företag när de försöker följa det regelverk som systemet eller åtgärden bygger på. Det är önskvärt att de administrativa kostnaderna för ett system eller en åtgärd är så låga som möjligt.

Transparens

Slutligen är det angeläget att systemet eller åtgärden är transparent. Det innebär att det ska stå klart vad systemet eller åtgärden egentligen syftar till. När det gäller t.ex. en skatt bör det stå klart vilka är skattskyldiga, vad skatten syftar till – dvs. ett fiskalt eller klimat- eller miljöpolitiskt motiv – och vilka konsekvenser som skatten

¹⁹ Det gäller givetvis också privata verksamheter och system.

medför. I den aktuella upphandlingskontexten bör det vara tydligt vad målet med olika typer av krav är.

Avslutningsvis bör således ett instrument som miljöanpassad upphandling eller socialt ansvarsfull upphandling analyseras samhälls-ekonomiskt med utgångspunkt från dessa olika egenskaper. Ett väl fungerande styrmedel bör vara någorlunda effektivt och rättvist, innebära låga administrativa kostnader, snabbt och enkelt kunna anpassas efter förändrade omständigheter samt vara transparent.

Sammanfattande kommentar

Sammanfattningsvis är det i praktiken komplicerat att analysera miljöanpassad upphandling eller socialt ansvarsfull upphandling ur ett samhälls-ekonomiskt perspektiv. Detta innebär dock inte att en sådan analys kan eller bör undvikas. Från ett samhälls-ekonomiskt perspektiv är det angeläget att inte hamna i en situation där upphandlande myndigheter eller enheter slentrianmässigt och planlöst ställer krav på miljöhänsyn eller sociala hänsyn utan att ha klart för sig vilka effekter som därigenom uppstår och till vilka kostnader. En sådan politik är med största sannolikhet inte samhälls-ekonomiskt optimal. Kostnaderna kommer att överstiga nyttan. Det gäller i stället, enligt utredningens uppfattning, att identifiera de samhälls-ekonomiskt mest lämpliga produktområdena för att ställa miljökrav och sociala krav. Det gäller också att identifiera den mest lämpliga utformningen och uppföljningen av dessa krav. Den praktiska utmaningen är förstås att kunna identifiera dessa förutsättningar, att kunna göra dessa vägval.

6.5 Vad vet vi om effekterna av att ställa miljökrav och sociala krav?

Som redan nämnts är kunskaperna om vilka effekter som uppnås av att ställa krav på miljöanpassning och sociala hänsyn i offentlig upphandling bristfälliga. Detta påtalades också i många av remissvaren på utredningens delbetänkande. Kunskapsbristen är en konsekvens av att det existerar få studier som har uppskattat effekterna av att ställa miljökrav och sociala krav, än mindre genomförda på ett sådant sätt att det går att dra kausala effekter. Detta påtalades också i Riksrevisionens granskning av huruvida miljökrav i offentlig

upphandling bidrar till att uppfylla klimatmålet.²⁰ Att exemplen på positiva effekter är många förefaller dock klart. Exempelvis hänvisar Riksrevisionen till en studie av EU-kommissionen där ställda miljökrav överlag förefaller ha gett god effekt. Enligt den studien hade ställda miljökrav bidragit till i genomsnitt 25 procent minskade utsläpp av koldioxid i ett antal EU-länder. Vidare visade studien att miljökrav i offentlig upphandling kan leda till kostnadsbesparingar i konventionell mening för den upphandlande myndigheten när bedömningen utgår från en livscykelkostnadsanalys.

Olika positiva exempel till trots, är det bristfälliga empiriska underlaget rörande effekter och konsekvenser av att ställa miljökrav och sociala krav ett problem i policyhänseende. Det är självklart en fördel att kunna basera överväganden och förslag på ett faktaunderlag. I syfte att skaffa ett bättre sådant underlag har utredningen låtit två forskargrupper gå igenom den internationella litteraturen om användningen och effekterna av att ställa miljökrav respektive sociala krav i offentliga upphandlingar. Dessa båda genomgångar har sedan kompletterats med bland annat en OECD-studie av sammanfattningskaraktär på temat miljöanpassad upphandling samt några motsvarande färskare svenska studier. Resultatet av dessa ansträngningar redovisas i det följande.

6.5.1 Miljöanpassad upphandling och innovationsupphandling som styrmedel²¹

Carl Dalhammar och Charlotte Leire, båda verksamma vid the International Institute for Industrial Environmental Economics vid Lunds universitet, har för Upphandlingsutredningens räkning analyserat hur innovationsupphandling kan bidra till svenska målsättningar inom hållbarhetsområdet, den offentliga upphandlingens roll i miljöpolitiken, inklusive samspelet med andra miljöpolitiska styrmedel samt erfarenheterna av miljöanpassad upphandling respektive innovationsupphandling. Rapporten diskuterar både miljöanpassad upphandling av existerande varor och tjänster, s.k. ”köp från hyllan upphandling”, och s.k. innovationsupphandling. Det senare begreppet inkluderar ett flertal olika upphandlingsformer:

²⁰ Riksrevisionen, *Miljöanpassad upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?*, RIR 2011:29.

²¹ IIIIEE, *Miljöanpassad upphandling och innovationsupphandling som styrmedel, en rapport till Upphandlingsutredningen*, Report 2012:01. Rapporten i sin helhet återfinns som bilaga 15.

bland annat upphandling av i förväg icke kända lösningar på ett definierat problem eller ett behov, för vilka det ibland inte etablerats någon marknad, samt sådan upphandling som syftar till att tidigarelägga marknadsintroduktionen av nya lösningar som ännu inte kommersialiserats m.m.

Hur kan offentlig upphandling bidra till att de nationella miljö kvalitetsmålen nås – vilka är mekanismerna?

I rapporten identifieras ett antal mekanismer genom vilket offentlig upphandling kan bidra till att svenska målsättningar inom miljöområdet – relaterade till bl.a. de 16 miljö kvalitetsmålen, en mer väl fungerande offentlig verksamhet och kommersialisering av miljöteknik – nås. Dessa mekanismer är *marknadsomställning* (nya produkter och tjänster, större volymer av hållbara produkter), *ny miljöteknik och nya exportlösningar*, *förbättring av offentlig verksamhet* samt *radikala innovationer*. Generellt kan sägas att den första kategorin främst relaterar till det som brukar benämnas miljöanpassad upphandling, dvs. vanlig upphandling av existerande produkter och tjänster, medan de övriga punkterna främst relaterar till olika typer av innovativ upphandling som avser att få fram – eller åtminstone tillåta – nya lösningar.

Miljöanpassad upphandling av existerande varor och tjänster (köp ”från hyllan”)

Genomgången av forskningslitteraturen rörande den typ av miljöanpassad upphandling som innebär att upphandlande myndigheter eller enheter köper existerande produkter som på olika sätt utmärker sig i form av goda miljöegenskaper kan sammanfattas i följande punkter:

- Miljöanpassad upphandling kan vara ett måleffektivt styrmedel, dvs. det kan vara ett sätt att nå uppsatta mål inom miljöområdet. Huruvida så blir fallet eller inte förefaller emellertid till stor del bero på hur upphandlingarna genomförs: utfallet beror på miljökravens utformning och huruvida de följs upp eller inte.
- Effekterna är också avhängiga storleken på den offentliga sektorns efterfrågan: måleffektiviteten ökar inom produktområden där

den offentliga anskaffningen innebär stora volymer och en stor marknadsandel. Upphandlingar baserade på livscykelkostnadsberäkningar, s.k. LCC-beräkningar, i vissa sektorer såsom byggnation, transporter och IT kan leda till betydande kostnadsbesparingar.²² I vissa studier anförs till och med att man borde räkna på de belopp den offentliga sektorn förlorar på att inte använda LCC-ansatsen när man upphandlar vissa produkter.

- Miljöanpassad upphandling kan innebära ökade kostnader på kort sikt – främst genom att antalet anbud minskar. Detta förefaller på sikt kompenseras genom minskade livscykelkostnader och att fler leverantörer anpassar sitt sortiment efter hand. Vissa kostnader förknippade med miljöanpassad upphandling synes dock inte minska nämnvärt över tid (kostnader för verifiering och kompetensuppbyggnad hos upphandlare och leverantörer).
- Leverantörer är i regel relativt positiva till miljöanpassade upphandlingar liksom upphandlingar som beaktar livscykelkostnaderna. De har insett att upphandling kan vara ett näringspolitiskt instrument som kan stärka industrins konkurrenskraft. Leverantörer efterfrågar dock krav som är konsistenta över tid, liksom en mer harmoniserad upphandlingsprocess och harmoniserade krav.

I rapporten redovisas följande förslag om hur strävan efter större måluppfyllelse i miljöpolitiken kan nås till lägre kostnader:

- Mer harmoniserande lagstiftning på EU-nivå: detta minskar behovet av att ställa miljökrav i enskilda upphandlingar,
- Inom Sverige kan hållbarhetskrav vid upphandlingar för fler produktgrupper regleras genom förordningar, såsom har gjorts för miljöbilar. Detta bedöms leda till minskade transaktionskostnader. Denna åtgärd är främst aktuell för sådana produktgrupper där det finns en stor potential att bidra till miljömålsuppfyllelse (offentliga upphandling står för en stor del av konsumtionen på marknaden i kombination med att kraven har stor miljöpåverkan) eller där användningen av livscykelkostnadsmetoder kan ge stora besparingar.

²² Livscykelkostnadsanalyser innebär att samtliga kostnader som emanerar från inköp, användning, drift och underhåll beaktas, i stället för att som ofta sker, likställa den upphandlande myndighetens kostnad för upphandlingen med inköpspriset.

- Mer stöd och riktlinjer för upphandlande myndigheter och enheter. Det innefattar riktlinjer för livscykelkostnadsanalyser (LCA), livscykelkostnadsmetoder, produktkriterier m.m. för olika varor och tjänster. Det innefattar även att ta fram goda exempel, kompetensutveckling för upphandlare och utbildning i innovationsdrivande upphandling.
- Bättre samordning av de olika krav (miljö, innovation, etc.) som ställs av upphandlande myndigheter och enheter.
- Mer användning av miljökriterier i samordnade ramavtalsupphandlingar i syfte att minska transaktionskostnaderna för upphandlande myndigheter och enheter.

Innovationsupphandling inom miljöområdet

Slutsatserna när det gäller den andra typen av miljöanpassad upphandling, innovationsupphandling, kan sammanfattas enligt följande:

Teknikupphandling kan vare ett både mål- och kostnadseffektivt styrmedel, med flera rapporterade framgångar – t.ex. i termer av framtagandet av ny teknik, ökade marknadsandelar för miljöanpassad teknik eller minskade kostnader för miljöteknik p.g.a. ökande volymer. Alla insatser på området har dock inte varit framgångsrika, men det är, enligt rapportförfattarna, inte heller att förvänta i denna typ av projekt. Ett visst mått av risktagande är oundvikligt men de potentiella vinsterna är också mycket stora. I vissa typer av upphandlingar är också en bärande idé att den offentliga sektorn ska ta risker som den privata sektorn inte är beredd att ta.

I de flesta fall har upphandlingsinitiativen utvärderats utifrån kriterier som relaterar till faktorer som teknikutveckling, ökade marknadsandelar, och kostnaden för alternativ teknik. Endast i några fall har själva miljöeffekten utvärderats. Ofta är de indirekta effekterna – kunskap om nya designlösningar, nya branschstandarder och bättre interaktion mellan olika aktörer – vid teknikupphandling lika viktiga som de direkta effekterna. En faktor som försvårar utvärderingar är att det kan ett antal år innan teknikupphandlingarnas fulla effekt får genomslag.

Vad gäller de upphandlingar och tekniktävlingar som genomförts i Sverige inom ”hållbara städer”/”hållbara stadsdelar”-projekt synes resultatet vara blandat. Några framgångar men också problem rapporteras. Utvärderingen visar att en del av de upphandlingar

som hittills genomförts har brustit när det gäller att stimulera innovationer och lösningar som ger högre miljöprestanda, dvs. även när miljöinnovationer varit ett uttalat syfte. Undermålig uppföljning, felaktig incitamentsstruktur, bristande innovationskompetens hos ansvariga upphandlare m.m. pekas ut som tänkbara förklaringar. En allmän slutsats är att en framgångsrik innovationsupphandling kräver att det finns utrymme för dialog och förhandling.

För innovationsupphandlingar som ligger utanför miljöområdet rapporteras flera succéer, vilka i vissa fall lett till radikalt nya lösningar och exportframgångar. Detta visar på upphandlingens innovationspotential liksom statens centrala roll i radikala teknikskiften. En hel del lärdomar kan dras från militära upphandlingar men det är oklart hur dessa kan överföras till andra sektorer. I USA har dock samarbeten mellan försvarsdepartementet/NASA och andra myndigheter såsom energidepartementet startats upp i syfte att bl.a. stimulera miljöinnovation genom upphandling.

Den övergripande slutsatsen är därför att olika typer av innovationsupphandling bedöms ha en stor potential att främja innovationer. Att realisera denna potential är dock långt ifrån enkelt då framgång kräver stor kunskap och kompetens, liksom resurser och förarbete. Rapportförfattarna poängterar dock att det finns en övertro hos vissa aktörer att alla typer av upphandlingar, genom att exempelvis ställa krav på funktion i stället för utförande, ska var innovationsfrämjande. Med beaktande av de stora problem/osäkerheter som finns angående upphandlingsregelverket och dess tolkning, inklusive konsekvenserna vid överprövningar, så är det orealistiskt att tro att med dagens relativt oflexibla regelverk de flesta upphandlingar skulle kunna vara innovationsfrämjande. Om situationen inte förändras kan "riskminimering" snarare än innovation, hållbarhet och förbättrad offentlig service bli den ledande principen vid de flesta framtida upphandlingar. Detta innebär, menar rapportförfattarna, dels att vissa centrala myndigheter bör få som särskilt uppdrag att jobba med innovationsupphandling och miljöanpassad upphandling, dels att risker relaterade till innovativ upphandling bör minskas, t.ex. genom stöd till kommuner som gemensamt vill driva sådana upphandlingar.

Vidare menar rapportförfattarna att framtida samhällsutmaningar som kan innebära stora framtida kostnader, men där det föreligger en stor hållbarhetspotential och/eller kommersialiseringspotential hos smarta lösningar, utgör goda argument för innovationsupphandling. Sådana utmaningar kan inkludera renovering av miljon-

programmen, utveckling av ”smarta elnät”, ökad tillgänglighet i byggandet och i synnerhet införandet av s.k. universal design, bättre sjukvård för att möta demografiska utmaningar, en ”giftfri vardag”, ”säkra städer”, bättre miljö i innerstäderna m.m. De stora potentiella vinsterna – räknat i exempelvis pengar, bättre offentlig verksamhet eller bättre infrastruktur – i kombination med de stora osäkerheterna/riskerna, vilket ofta förhindrar privata satsningar, kan motivera att offentliga resurser satsas på denna typ av innovativa upphandlingar. Det är dock viktigt att framtida projekt, åtminstone på sikt, har en klar kommersialiseringspotential.

Sammanfattande kommentarer

I rapporten framhålls att miljöanpassad upphandling många gånger bör ses som ett komplement till andra styrmedel inom miljöområdet. Följande punkter exemplifierar detta:

- Tvingande lagkrav är nödvändiga för att de minst innovativa eller anpassningsbenägna/miljömedvetna leverantörerna ska ta fram mer miljövänliga produkter, samtidigt som lagkrav har liten betydelse för de producenter som har de mest miljövänliga produkterna.
- Upphandling kan användas för att åtgärda miljöproblem och sociala frågor som inte kan åtgärdas genom generella styrmedel, t.ex. beroende på om problemen uppkommer utanför EU:s gränser.
- Upphandling är ett styrmedel som snabbt kan åtgärda problem och åstadkomma förändring, medan generella styrmedel ofta tar lång tid att införa. Till bilden hör att generella styrmedel av tillräcklig styrka ofta är mycket svåra att uppnå, först och främst på global nivå men ofta även i ett EU-perspektiv.
- Upphandling kan användas på lokal och regional nivå i syfte att nå politiska målsättningar, i de fall centralt beslutade styrmedel av relevans saknas.

Rapporten diskuterar också den centrala frågan om spårbarhet och verifiering. Det påpekas att ställda krav bör följas upp – åtminstone i den mån kostnaden är rimlig – och de krav som ställs upp bör i princip kunna utvärderas. Frågan kompliceras emellertid av att det

kan föreligga en ”kyckling-ägg”-problematik: Krav måste ibland ställas för att det ska finnas incitament att utveckla spårbarhets- och verifikationsmetoder. Det är inte alltid som ett verifikations-system finns på plats när kraven ställs. Hållbarhetsarbetet bryter ofta ny mark, bl.a. genom ”trial-and-error”-processer. Den undermåliga uppföljningen av ställda miljökrav är i hög grad ett internationellt problem, bl.a. på grund av komplexa kedjor av underleverantörer. Det är helt enkelt svårt att på ett kostnadseffektivt sätt genomföra uppföljningar och ytterligare metodutveckling behövs.

Samtidigt är det viktigt att poängtera att hållbarhetskrav i upphandlingar, i de flesta fall relaterar till aspekter som går att mäta och, åtminstone i viss mån, följa upp. Om det ska ställas fler hållbarhetskrav framöver – som relaterar till miljöaspekter och sociala aspekter över hela livscykeln och om livscykelkostnaden ska analyseras över hela livscykeln – ökar uppenbarligen komplexiteten i upphandlingarna. Det finns därför, menar rapportförfattarna, en risk att kriteriearbete, uppföljningar m.m. blir kostsamma. Därvid är en möjlig väg framåt att dels ge prioritet åt de ur hållbarhetssynpunkt viktigaste produktgrupperna, dels ge tydliga mandat till utarbetande av kriteriedokument på central nivå.

Forskningsöversikten indikerar enligt rapportförfattarna att miljöanpassad upphandling har en större potential att bidra till miljömålets uppfyllande än vad som hittills realiserats. Likaså bedöms innovationsupphandling inom miljöområdet ha mycket stor orealiserad potential.

Avslutningsvis menar rapportförfattarna att mycket tyder på att upphandling i en svensk kontext är ett bra styrmedel inom miljöområdet, bl.a. på grund av att det svenska samhället kännetecknas av samarbetsförmåga, flexibilitet och låg korruption. Utmaningen, eller kanske snarare hindret, relaterar framförallt till upphandlingsregelverket och dess tolkning, det begränsade utrymmet för förhandling samt rädslan för överprövningar m.m. – faktorer som riskerar att starkt försvaga upphandlingens roll som strategiskt styrmedel för att nå olika samhällsmål.

6.5.2 Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling – en forskningsöversikt²³

Företagsekonomerna Magnus Frostensson och Emma Sjöström, båda inriktade på forskning kring företagens samhällsansvar (CSR), har på uppdrag av Upphandlingsutredningen gått igenom forskningslitteraturen om förekomsten men, framför allt effekterna, av att ställa sociala krav i offentlig upphandling. Resultatet av denna översikt redovisas i rapporten ”Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling”, som sammanfattas i det följande. Rapporten fokuserar på statliga och kommunala organisationers möjligheter och erfarenheter av att ställa krav av social karaktär i offentliga upphandlingar. I jämförande syfte har också styrmedel på det sociala området, som det privata näringslivet använder i förhållande till underleverantörer, identifieras och diskuterats. Rapporten visar, om något, både bristen på och svårigheterna att identifiera empiriska data vad gäller effekten av sociala krav i upphandlingssammanhang. Utredningen beklagar att inte tid och resurser funnits att gå djupare i frågan.

En första slutsats av forskningsgenomgången är att effekterna av offentlig upphandling som styrmedel för att uppnå sociala mål är knapphändigt utforskade. Även om det finns en ganska omfattande litteratur kring hållbar upphandling, kanske främst på miljöområdet – men även i många fall omfattande sociala frågor – är den sällan av empiriskt effektmätande karaktär. En större del av den litteratur som finns handlar exempelvis om förekomsten av styrinstrument. Alternativt diskuteras styrmedlens karaktär eller så problematiseras de på ett allmänt plan. I några fall uttrycks stora förhoppningar på vad styrmedlen kan åstadkomma, utan att detta kan påvisas empiriskt. De studier som i högre eller mindre utsträckning diskuterar effekter är ofta kvalitativt orienterade och mer av det problematiserande och reflekterande slaget. Dessa studier återger ofta respondenters allmänna intryck eller föreställningar om styrmedlen och vad dessa leder till.

Genomgången av forskningslitteraturen visar att sociala krav i offentlig upphandling i princip kan ha både positiva och negativa konsekvenser. Till de positiva effekterna räknas att lokala leverantörer stimuleras att inkorporera pro-sociala värderingar och beteenden i den egna företagskulturen. Det antas leda till en ökad sysselsättning och underlätta för minoriteter och utsatta grupper att

²³ Magnus Frostensson och Emma Sjöström, *Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling - en forskningsöversikt*, 2012. Rapporten i sin helhet återfinns i bilaga 16.

framgångsrikt delta i offentliga upphandlingar. Det kan också gynna förekomsten av socialt inriktat entreprenörskap. Till de negativa konsekvenserna hör att krav på sociala hänsyn antas leda till ökade kostnader, t.ex. på grund av att utbudet av socialt hållbara produkter och tjänster är begränsat. Vidare kan det finnas en övervakningsproblematik som har att göra med kontrollen av att de sociala kraven genomförs. Slutligen kan det finnas problem i form av bristande kompetens samt kapacitets- och attitydproblem hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

En andra slutsats är att de sociala målsättningarna i sig inte behöver vara helt kompatibla. Sociala krav vid upphandling förstås ofta som sådana som går ut på att gynna lokal varu- eller tjänsteproduktion. Den tendens som finns att diskutera lokala sammanhang riskerar i någon mån att krocka med övergripande samhällsliga prioriteringar på nationell eller internationell nivå. Här kommer även den upphandlings- och konkurrensrättsliga aspekten in. Leverantörer får inte missgynnas på grund av geografisk hemvist.

Vad gäller rekommendationer inom forskningen, både om offentlig upphandling och privata företags styrmöjligheter i värdekedjan, finns en tendens att tala för att en mix av åtgärder behövs för att kunna uppnå sociala målsättningar, snarare än att fokus läggs på en viss åtgärd eller metod. Ofta betonas samarbetet mellan olika aktörer.

Ett återkommande tema är också betydelsen av ledningens engagemang för att de sociala aspekterna ska få genomslag i upphandlingsförfarandet. Kompetensfrågan är central, både på beställar- och uppdragstagarsidan. Kompetens behövs för att förstå kraven och för att kontrollera att de efterlevs.

En viktig aspekt som betonas i forskningen, både på den offentliga och privata sidan, är att uppföljning (i vid bemärkelse) behövs för att se till att de krav som ställs vid offentlig upphandling eller vid hållbarhetsstyrning generellt efterlevs. I linje med tidigare forskning betonas detta som en central fråga för att styrningen mot sociala mål ska få effekt.

En övergripande slutsats är därför att offentlig upphandling som styrmedel i sociala frågor, att döma av rekommendationerna inom forskningen, bör sättas in i ett mer generellt hållbarhetssammanhang där helheten och inte bara den enskilda affären mellan upphandlare och leverantör beaktas. Inte minst finns det anledning att uppmärksamma det processperspektiv som finns inom forskningen om inköp och hållbarhetsstyrning i den privata sektorn.

6.5.3 Greener Public Purchasing as An Environmental Policy instrument²⁴

OECD gav 2003 ut rapporten *Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument* som behandlar miljöanpassad upphandling från ett samhällsekonomiskt perspektiv. Rapporten slår fast att miljöanpassad upphandling kan motiveras utifrån följande tre skäl:

Vinna-vinna lösningar

Det första, och egentligen, ganska självklara skälet är de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten genom att ställa krav på viss miljöprestanda både kan påverka miljön i en positiv riktning och minska sina anskaffningskostnader, en s.k. vinna-vinna lösning. Det typiska exemplet är en myndighet som upphandlar en initialt dyrare men väsentligt mer energisnål produkt, som innebär lägre kostnader över produktens livscykel. Den vid inköp dyrare produkten är mer miljövänlig i meningen att det går åt mindre energi för att driva den samtidigt som den innebär lägre kostnader totalt sett. Två faktorer som anses bidra till att denna typ av samhällsekonomiskt effektiva upphandlingar ofta inte kommer till stånd är de budgetregler som vanligtvis gäller i den offentliga sektorn och bristande information och kunskap om olika produkters prestanda och användningskostnader över tid.

Det förstnämnda problemet har att göra med att den offentliga sektorns budgetering bygger på att investeringar som görs skrivs av direkt, dvs. de belastar den investerande myndighetens resultaträkning fullt ut det året som investeringen görs. Alternativet vore att den inköpta produkten skrevs av under dess ekonomiska livslängd, vilket är brukligt i den privata sektorn. Denna princip tenderar att försvåra investeringar som innebär höga initiala kostnader då dessa kan få svårt att rymmas inom det årliga anslaget.

Det andra hindret för denna typ av vinna-vinna lösningar att realiseras är att de upphandlande myndigheterna eller enheterna inte har tillräcklig kunskap eller information för att kunna identifiera när denna typ av effektivitetsvinster finns att realisera.

²⁴ D. Marron, *Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument*, OECD Journal on Budgeting– Volume 3 – No. 4, 2003.

Otillräckliga generella styrmedel

Det andra skälet som lyfts fram är när det saknas tillräckligt verkningfulla generella styrmedel (skatter, regleringar etc.) inom de produktområden där det offentliga gör sina anskaffningar. Genom att ställa krav på att de produkter som leverantörerna tillhandahåller ska uppfylla vissa miljökrav kan de negativa externa effekterna neutraliseras. Denna potential bedöms vara särskilt stor när den offentliga sektorn genom sina inköp svarar för en stor andel av den totala efterfrågan.

Innovationspotentialen

Det tredje skälet är när den offentliga sektorn genom att ställa miljökrav förmår den privata sektorn att ta fram ny teknik och nya lösningar för att tillgodose efterfrågan. Potentialen för detta är störst när tekniken eller lösningarna är intressanta även för den privata marknadens köpare, t.ex. lösningar som går ut på att minska energianvändningen.

Denna effekt, dvs. att det offentliga genom inriktningen på sin anskaffning av varor och tjänster påverkar den privata sektorns anskaffning av motsvarande produkter i en mer miljövänlig riktning är ett centralt tema i rapporten. I ju större utsträckning detta sker, desto mer samhällsekonomiskt lönsamt är denna typ aktivitet och vice versa. I rapporten belyses också den risk som finns för s.k. utträngningseffekter, dvs. att det offentligas ansträngningar att genomföra mer miljöanpassade anskaffningar leder till att den privata sektorns anskaffning blir mindre miljöanpassad. Detta kan t.ex. ske om offentlig sektors ökade efterfrågan på miljöanpassade produkter orsakar prisökningar som ökar prisskillnaderna i förhållande till mindre miljövänliga produkter. Det kan enligt teorin leda till att den privata sektorns inköp blir mindre miljövänliga än vad den skulle varit om inte den offentliga sektorn miljöanpassar sin anskaffning.

6.5.4 Miljöhänsyn i offentlig upphandling – samhällsekonomisk effektivitet och konkurrensbegränsade överväganden²⁵

Konkurrensverket gav 2009 miljöekonomerna Brännlund, Lundberg och Marklund i uppdrag att analysera förutsättningarna för offentlig upphandling i ett miljöpolitiskt perspektiv. Det primära syftet med studien var att ta fram generella rekommendationer om hur krav på hållbar välfärdshöjande utveckling ska beaktas i offentlig upphandling. En central frågeställning var huruvida miljöanpassad upphandling är ett kostnadseffektivt miljöpolitiskt styrinstrument. Resultaten, som redovisades i rapporten ”Miljöhänsyn i offentlig upphandling – samhällsekonomisk effektivitet och konkurrensbegränsade överväganden, kan sammanfattas följande rubriker:

Miljöanpassad upphandling – ett kostnadseffektivt instrument?

En första slutsats som dras i rapporten är att miljöhänsyn i offentlig upphandling troligtvis inte är ett kostnadseffektivt styrmedel för att nå olika miljömål jämfört med ett ekonomiskt styrmedel i form av en produktions- eller konsumtionsskatt. Den främsta orsaken är de stora praktiska svårigheter som finns att anpassa kraven efter olika leverantörernas produktionskostnader. Som framgick i det föregående är en stor fördel med skatteinstrumentet att den miljöansvariga myndigheten inte behöver känna till företagets produktionskostnader. I teorin kommer prismekanismen nämligen att se till att den önskvärda utsläppsreduktionen kommer att ske till lägsta möjliga kostnad. För att nå samma syfte med miljöanpassad upphandling skulle de upphandlade myndigheterna behöva skraddarsy miljökraven utifrån leverantörernas olika kostnader och produktionsförutsättningar, vilket kräver detaljerad information som sannolikt är svår att uppbära.

²⁵ Konkurrensverket, *Miljöhänsyn i offentlig upphandling – en samhällsekonomisk effektivitet och konkurrensbegränsade överväganden*. Uppdragsforskningsrapport 2009:1.

Lämpligheten i att ta miljöhänsyn i offentlig upphandling är starkt avhängig i vilken utsträckning det finns andra styrmedel som leder till måluppfyllnad

Huruvida miljöhänsyn i offentlig upphandling ska användas som ett miljöpolitiskt styrinstrument beror på om de miljöproblem, som upphandlingen avser att reducera, redan är föremål för andra miljöpolitiska åtgärder eller inte. Om det exempelvis redan använts ekonomiska styrmedel som är tillräckliga för att ett miljö kvalitetsmål ska uppnås bör inte ytterligare miljöåtgärder vidtas via andra styrmedel såsom t.ex. miljöhänsyn i offentlig upphandling.

Komplex uppgift att föra miljöpolitik via miljöhänsyn i offentlig upphandling

I rapporten argumenteras för att det är en komplex uppgift att föra miljöpolitik via miljöhänsyn i offentlig upphandling. Beslutet att ta miljöhänsyn, och i vilken omfattning det ska ske, måste nämligen baseras på relevant information och kunskap om miljöproblemet, konkurrensförhållanden på den aktuella marknaden och produktionsförhållanden hos potentiella leverantörer. Man konstaterar att åtgärdandet av miljöproblem med hjälp av miljöhänsyn i offentliga upphandlingar kan vara mer informationskrävande än andra miljöpolitiska styrinstrument. Dessutom, menar man, återstår att empiriskt studera den svenska miljöanpassade offentliga upphandlingen och hur kostnadseffektiv den är i förhållande till generella ekonomiska styrmedel.

6.5.5 Miljö- ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling²⁶

Miljöstylningsrådet har som en del i ett större uppdrag från Upphandlingsutredningen, på basis av tillgänglig forskning, gått igenom vad som går att säga om den miljöanpassade upphandlingen som ett samhällsekonomiskt styrmedel. Några av de mer centrala observationerna är att:

²⁶ Miljöstylningsrådet, *Miljö- ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, MSR Rapport 2012:1. Rapporten i sin helhet återfinns i Bilaga 11.

Generella ekonomiska styrmedel i form av skatter eller subventioner har potential att uppnå positiva miljöeffekter men har en osäkerhet vad gäller graden av måluppfyllnad

Generella styrmedel har fördelen att de kan utformas så att de är sektorsövergripande och därmed nå många aktörer. Därigenom har de potential att åstadkomma en betydande positiv miljöeffekt. Enligt flera studier är ekonomiska styrmedel, såsom skatter, dock förknippade med en osäkerhet i måluppfyllelse. En anledning är det kan vara svårt sätta rätt nivå på en skatt. Om skatten sätts på en för låg nivå, kommer inte miljömålet att uppnås och skatten måste ändras, något som tar tid och kan leda till ännu större negativ miljöpåverkan. I sammanhanget kan andra styrmedel, som miljöanpassad offentlig upphandling, vara lämpliga, bl.a. eftersom den är en löpande verksamhet som kan ge förhållandevis snabba effekter.

Miljöanpassad upphandling kan påverka såväl lokalt som globalt

En annan fördel med miljöanpassad offentlig upphandling jämfört med generella styrmedel är möjligheten att påverka miljömål både lokalt och internationellt. Den upphandlande myndigheten kan välja att ställa sådana miljökrav som bidrar till att lösa miljöproblem som är specifika för den region man verkar i. Det kan t.ex. handla om långtgående krav på kommunens fordon vid lokala luftföroreningsproblem.

Kostnadseffektiviteten i att använda miljöanpassad upphandling beror delvis på om den påverkar flera olika miljömål

En aspekt som påverkar kostnaden för att vidta en åtgärd, och därmed den samhällsekonomiska kostnaden för de åtgärder som styrmedlet syftar till, är huruvida åtgärden verkar på flera olika miljömål samtidigt. I en samhällsekonomisk analys av ett styrmedel som har positiv effekt på flera miljömål bör kostnaden för åtgärden fördelas på de olika effekter som uppstår. Exempelvis kan krav på en produkt både innefatta krav på energieffektivitet och krav på att produkten inte ska innehålla vissa kemikalier. Därmed bidrar kravställandet till uppfyllelse av miljö kvalitetsmålen *Begränsad klimatpåverkan* och *Giftfri miljö*. Just möjligheten att nå flera mål samti-

digt framhålls generellt av Miljöstyrningsrådet som en av de stora fördelarna med miljöanpassad offentlig upphandling.

6.5.6 Miljöanpassad upphandling ur ett kostnadseffektivitetsperspektiv

Sist men inte minst har Carl Dalhammar från IIIIE i en särskild promemoria till Upphandlingsutredningen gått igenom instrumentet miljöanpassad upphandling ur ett kostnadseffektivitetsperspektiv.²⁷ Slutsatserna i promemorian lyder som följer:

Enligt Dalhammar är det svårt att utvärdera kostnadseffektiviteten hos miljöanpassad upphandling av existerande produkter och tjänster. Det är ännu svårare att utvärdera kostnadseffektiviteten hos teknikupphandlingar och andra typer av innovationsupphandlingar, bl.a. på grund av betydelsen av indirekta effekter och inslaget av risktagande. Dessa svårigheter gör, menar Dalhammar, att det sannolikt är mer fruktbart att diskutera hur miljöanpassad upphandling kan bli mer kostnadseffektiv än frågan huruvida det är ett kostnadseffektivt styrmedel eller inte. En andra slutsats som Dalhammar drar är att offentlig upphandling torde vara mest måleffektivt, kostnadseffektivt och innovationsdrivande när det samverkar på ett bra sätt med andra styrmedel. En tredje slutsats är att på grund av dynamiska effekter är det ofta inte meningsfullt att utvärdera kostnadseffektiviteten hos olika hållbarhetskrav vid upphandling i ett kortsiktigt perspektiv.

Slutligen menar Dalhammar att i många länder, inklusive Sverige, saknas det ofta styrmedel som kan utgöra reella alternativ till upphandling. En realistisk miljöpolitik måste, menar Dalhammar, utgå från vilka styrmedel som faktiskt går att införa. Det innebär att en teoretisk jämförelse av kostnadseffektiviteten hos olika styrmedel är ointressant om den inte kompletteras med en analys av styrmedlens politiska genomförbarhet.

²⁷ Carl Dalhammar, *Upphandling som ett styrmedel inom miljöpolitiken: en översiktlig diskussion om kostnadseffektiviteten*, PM oktober 2012, dnr Fi 2010:06/2012/30.

6.6 Sammanfattande kommentarer

Stora utmaningar när det gäller klimat, miljö och naturutnyttjandet och på det sociala området måste angripas på bred front där den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster är ett viktigt instrument som ökat i betydelse över tid

Av allt att döma står världens samhällen inför betydande utmaningar rörande klimatet och miljön. Utmaningarna handlar i stor utsträckning om att på olika sätt åstadkomma en mer effektiv resursanvändning så att miljöbelastningen blir så liten som möjligt. Det gäller såväl på kort som på lång sikt. Den sociala utmaningen är minst lika stor och dessutom mångfacetterad. Många människor är av olika skäl exkluderade från det moderna arbetslivet eller har svårt att komma till sin rätt. Arbetslösheten hos unga människor är ett växande problem. I många länder i Europa talas om en förlorad generation. Även delar av Sverige omfattas av problemet. Det resulterade utanförskapet skapar i sin tur olika typer av problem och påfrestningar för individer och samhälle.

Att möta dessa många utmaningar kräver enligt utredningens uppfattning insatser på bred front. Mot bakgrund av den offentliga upphandlingens omfattning och bredd är det enligt utredningen högst naturligt att överväga vilka påverkansmöjligheter som den ger. Det faktum att offentlig upphandling i allt större utsträckning kommit att omfatta välfärdens kärna snarast understryker detta. I takt med att allt större andel av välfärdsproduktionen sker i privat regi, med offentlig finansiering, minskar möjligheterna att sysselsätta människor i den offentliga sektorn. Det blir då också naturligt att pröva olika vägar för att i samband med konkurrensutsättningen få ut maximal nytta socialt.

Upphandlande myndigheter och enheter bör enligt upphandlingslagstiftningen beakta miljö- och sociala hänsyn och möjligheten att göra detta är större än vad många tror

Regelverket för offentlig upphandling anger att upphandlande myndigheter och enheter bör ta miljöhänsyn eller sociala hänsyn när upphandlingens art motiverar detta. Vad som utgör dylika skäl varierar från upphandling till upphandling. En stöttesten för myndigheter som vill beakta miljöhänsyn eller sociala hänsyn har hittills varit oklarheten vilka krav som egentligen kan ställas. Här bör dock

läget ha klarnat, både genom de nya direktivförslagen och genom den analys och de förslag som redovisas i detta betänkande. Möjligheterna att ställa både miljö- och sociala krav är betydande.

Det samhällsekonomiska perspektivet är centralt att ha i åtanke när miljöanpassad och socialt ansvarsfull upphandling diskuteras, ett perspektiv som i praktiken kräver ett brett anslag

Med detta sagt är det viktigt att upphandlade myndigheter och enheter inte okritiskt och slentrianmässigt ställer krav på att leverantörerna ska ta miljöhänsyn eller sociala hänsyn. Ett sådant förhållningssätt kommer med största sannolikhet att leda till att tillgängliga resurser används på ett ineffektivt sätt. Den samhällsekonomiska beslutsregeln är att krav på miljö eller sociala hänsyn ska ställas i upphandlingar närhelst samhällsnyttan av att göra detta överstiger kostnaden. Att omsätta denna beslutsregel i praktisk handling är dock inte okomplicerat, inte minst eftersom den begränsar analysen till att enbart handla om samhällsekonomisk effektivitet. I praktiken måste en bredare palett av beslutsriterier ofta beaktas, såsom rättvisa/jämlikhetssträvanden, transparens, administrativa kostnader, genomförbarhet m.m. Enligt utredningens uppfattning måste tillgängliga styrmedel analyseras och värderas med utgångspunkt från denna breda ansats.

Svårt att ge en bild av vilka effekter som uppnås genom miljöanpassad och socialt ansvarsfull upphandling, bland annat på grund av att upphandlingsforskningen är eftersatt

Som redan understrukits är frånvaron av forskning och analys kring den offentliga upphandlingen som samhällspolitiskt styrmedel ett stort problem i sammanhanget: politiken tvingas därmed att bedrivas på basis av ett bristfälligt empiriskt underlag. En situation som i och för sig inte är unik för just upphandlingsområdet, men självklart långt ifrån ideal. Utredningen har därför lagt ut specifika studier i syfte att klarlägga kunskapsläget inom OECD-området i stort kring dessa frågor. Även efter dessa studier kan konstateras att behovet av ytterligare analys är stort.

Det bristfälliga kunskapsläget till trots kan följande rekommendationer lämnas

Det bristfälliga kunskapsläget innebär dock inte att vi famlar i mörkret. Tvärtom finns det enligt utredningens uppfattning ett antal robusta insikter från den forskning som finns. Dessa är att

- mycket tyder på att offentlig upphandling är ett måleffektivt instrument när det gäller miljöhänsyn – det kan verksamt bidra till att Sverige uppnår miljö kvalitetsmålen och generationsmålet – medan kostnadseffektiviteten är mer svårbedömd,
- när generella styrmedel finns på plats som bedöms ge god effekt ska miljöanpassad offentlig upphandling inte användas, såvida det inte innebär lägre kostnader totalt sett,
- livscykelkostnadsanalyser kan många gånger leda till både minskande kostnader och mindre miljöpåverkan,
- upphandling är ett komplement till andra styrmedel, speciellt när det saknas generella verksamma åtgärder,
- miljöanpassad upphandling har en betydande innovationspotential och därmed möjlighet att främja utvecklingen av transformativa lösningar, till gagn för en mera hållbar utveckling,
- både internationella och svenska erfarenheter talar för att ställandet av genomtänkta och väl utformade sociala krav kan göra skillnad när det gäller att bidra till samhällliga mål som antidiskriminering, ökad respekt för grundläggande rättigheter, bättre arbetsmiljö, ökad tillgänglighet samt ökad sysselsättning, samt
- ökat deltagande från den ideella sektorn har ett egenvärde i så måtto att det bidrar till ökad mångfald, innovativa lösningar, ger utrymme för engagerade medborgare att kanalisera sitt engagemang och bidra till sociala mål samt exponerar samhället i stort för viktiga principer om humanitet och rättvisa.

7 En innovationsfrämjande, effektiv och miljöanpassad upphandling

Inledning

Hur kan den offentliga upphandlingen utvecklas i en mer innovativ, miljöanpassad men också effektiv riktning? Vilka är de mest angelägna åtgärderna som behöver vidtas för att åstadkomma en sådan utveckling? Detta är frågor som står i förgrunden för Upphandlingsutredningen. Regeringen lanserade 2007 en vision för den miljöanpassade upphandlingen i Sverige som lyder:

Myndigheter inom stat, kommun och landsting ställer, så långt det är möjligt enligt lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten, krav på miljöhänsyn vid offentlig upphandling. Detta får inte innebära att den administrativa bördan ökar för företag eller försvårar för företag, särskilt små, att delta. Offentliga upphandlare och leverantörer har tillgång till verktyg, utbildningar och annat stöd avseende miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

Utredningens bedömning är att om denna vision ska kunna bli verklighet så måste den miljöanpassade upphandlingen förbättras på en rad punkter. Det gäller regeringens styrning och stöd till de upphandlande myndigheterna och enheterna. Det gäller också kunskapen om vilka krav som får ställas och hur de bör utformas för att åstadkomma största möjliga effekt i förhållande till miljökvalitetsmålen. Det handlar därtill om att minimera eventuella negativa konsekvenser för konkurrensen och den administrativa bördan för både företag samt upphandlande myndigheter och enheter. Det gäller inte minst de upphandlande myndigheterna och enheternas förmåga att beakta livscykelkostnader och uppföljningen av ställda krav. Upphandlingsutredningen bedömer också att inslaget av mer radikalt innovativa lösningar måste öka. Det kräver ett strategiskt perspektiv som många gånger saknas i dag.

Likartade omdömen har tidigare gjorts av Naturvårdsverket i samband med utvärderingen av regeringens handlingsplan om miljöanpassad upphandling, Riksrevisionens granskning gällande den miljöanpassade upphandlingen och i AB Svenska Miljöstyrningsrådets (MSR) rapport till Upphandlingsutredningen. Dessa myndigheter och organ är alla överens om att det behövs ytterligare insatser och åtgärder för att nå målen och realisera visionen.

I det här kapitlet diskuteras särskilt de åtgärder som utredningen, på basis av dessa tidigare granskningar och kunskapsöversikten i kapitel 6, bedömer är viktigast att vidta för att närma sig målet om en mera effektiv miljöanpassad upphandling. Kapitlet inleds med en översiktlig beskrivning av regeringens ambitioner och insatser för att främja och styra utvecklingen av den miljöanpassade upphandlingen och vad dessa åtgärder resulterat i. Sedan följer ett avsnitt som diskuterar frågan om att ställa och följa upp miljökrav i offentliga upphandlingar. Därefter diskuteras i tur och ordning s.k. transformativa lösningar och livscykelkostnadsanalyser i offentlig upphandling.

7.1 Allmänt om statsmakternas ambitioner, styrning och insatser inom området miljöanpassad upphandling

7.1.1 Regeringens handlingsplan för miljöanpassad offentlig upphandling

Som framgick i föregående kapitel är miljöanpassad upphandling numera en integrerad del i den svenska miljöpolitiken. Det senaste initiativet från statsmakternas sida kom under 2007 då regeringen till riksdagen överlämnade en nationell handlingsplan för miljöanpassad upphandling.¹ Planen gick i grunden ut på att miljökrav i offentliga upphandlingar skulle öka och angav som inriktningsmål att:

- andelen offentliga upphandlingar med välformulerade miljökrav bör öka,
- andelen statliga ramavtal med välformulerade miljökrav bör öka, samt

¹ Skr. 2006/07:54.

- andelen myndigheter inom stat, kommun och landsting som regelbundet ställer välformulerade miljökrav bör öka.

Med välformulerade miljökrav avsågs sådana krav som antingen tillförsäkrar att en viss nivå av miljöambitioner finns hos leverantören eller att de varor eller tjänster som efterfrågas uppfyller ett visst mått av miljöprestanda.

Bakgrunden till handlingsplanen var att EU-kommissionen, som en del i EU:s program för den integrerade produktpolitiken (IPP), uppmuntrat alla medlemsstater att utarbeta treåriga nationella handlingsplaner för att öka graden av miljöanpassad upphandling. Regeringen välkomnade EU-kommissionens uppmuntran och utarbetade en handlingsplan med ovan angivna mål. För att uppnå de uppställda inriktningsmålen pekades följande strategiska områden ut:

- en översyn av förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning i syfte att undersöka förutsättningarna att komplettera förordningen med krav om att ställa kostnadseffektiva och välformulerade miljökrav i de statliga ramavtalen,
- en informationskampanj riktad till politiker och andra beslutsfattare på lokal och regional nivå rörande vikten av att miljöanpassa offentlig upphandling,
- en ökning av kompetensen på upphandlande myndigheter och enheter när det gäller miljöanpassad upphandling, samt
- framtagande av ett effektivt och enkelt verktyg för att underlätta för upphandlare att ställa miljökrav.

MSR gavs en nyckelroll i arbetet med att driva på utvecklingen. MSR:s arbete kom att bedrivas dels genom informationsinsatser och utbildning i syfte att öka medvetenheten i kommuner, landsting och statliga myndigheter om möjligheterna att ställa miljökrav, dels genom att utveckla förslag till miljökrav som kan stimulera och driva på utvecklingen av miljöinnovationer och bidra till ett ökat marknadsutbud av miljöanpassade produkter. Andra utpekade myndigheter i handlingsplanen var Naturvårdsverket och Konkurrensverket.

7.1.2 Naturvårdsverkets utvärdering av arbetet med handlingsplanen och Riksrevisionens rapport Miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?

Naturvårdsverket genomförde 2010 en utvärdering av arbetet med handlingsplanen åren 2007–2009.² Man konstaterade att merparten av de utpekade strategiska områdena med åtgärder hade genomförts eller att arbetet pågick enligt plan. Framträdande exempel var MSR:s arbete med att utveckla nya miljökrav, den s.k. kriterieverksamheten. Den enda åtgärd som inte genomförts var översynen av förordningen för statlig inköpsamordning.

Utvärderingen visade ingen entydig bild av utvecklingen av miljöanpassad upphandling. Andelen upphandlingar där miljökrav ställts hade ökat, sålunda ett positivt utfall. Mera negativt var dock att andelen upphandlingar där miljökraven var mindre väl definierade bedömdes också ha ökat. En tolkning av detta kan enligt Naturvårdsverket vara att ökningen av mängden krav har skett på bekostnad av kravens kvalitet. När det gäller målet att andelen statliga ramavtal med välformulerade miljökrav ska öka, var resultatet mer entydigt positivt. Även avseende målet om en höjd kompetens bland personalen visade utvärderingen ett övervägande positivt resultat. Många myndigheter hade formulerat interna mål för – och även utbildat personalen i – miljöanpassad upphandling. Användningen av MSR:s miljökrav hade också ökat. Däremot var det inte fler upphandlande myndigheter eller enheter som ställde miljökrav 2009 än 2007, en nog så viktig observation.

Vid en ytlig betraktelse visade utvärderingen att handlingsplanen hade identifierat de strategiskt viktiga områdena och att de åtgärder som satts in i grunden var riktiga, inte minst eftersom inriktningsmålen utvecklas positivt. Samtidigt var det emellertid uppenbart att grundläggande problem förknippade med bristande kunskap, osäkerhet om regelverket och svagt politiskt ledarskap fortfarande förekom på många myndigheter. Det framhölls till exempel att bristande helhetssyn och processtänkande präglade många myndigheters arbete med miljöanpassad upphandling. I stället för att basera miljökraven på övervägda strategiska beslut, miljömål, behovs- och marknadsanalyser etc. tenderade kraven, enligt Naturvårdsverket, att läggas till när upphandlingsunderlaget

² Naturvårdsverket, *Miljöanpassad upphandling – En fråga om att vilja, kunna och förstå*, Rapport 6326, januari 2010.

mer eller mindre är klart – pliktskyldigt med andra ord. Ett annat exempel var bristerna på uppföljning av ställda krav, vilket bland annat leder till osäkerhet om vilka effekter som egentligen uppnås. Ett tredje exempel är den osäkerhet som många upphandlare ger uttryck för gällande vilka krav som får ställas enligt upphandlingsregelverket. En övergripande slutsats på basis av utvärderingen är därför att de upphandlande myndigheterna har ett stort behov av olika typer av stöd i arbetet med att ställa miljökrav.

Avslutningsvis bör nämnas att Naturvårdsverket har föreslagit en reviderad handlingsplan för en miljöanpassad upphandling som ännu inte antagits. Regeringen har med anledning av Riksrevisionens granskning gällande offentlig upphandling (december 2011) uttalat att handlingsplanen bör ses över först efter det att Upphandlingsutredningen och Upphandlingsstödsutredningen presenterat sina betänkanden.

Riksrevisionen lät under år 2011 granska om regeringen, berörda myndigheter och MSR använder styrmedlet miljökrav i offentlig upphandling på ett effektivt sätt för att bidra till det nationella miljö kvalitetsmålet Begränsad klimatpåverkan.³ Bakgrunden till granskningen var dels att Riksrevisionen i en förstudie fått indikationer på att styrmedlet inte på ett tydligt sätt hade inriktats mot att bidra till det nationella etappmålet för år 2020, dels att en tidigare utvärdering av Naturvårdsverket visat att andelen upphandlingar med icke väldefinierade miljökrav ökat. På basis av den genomförda granskningen drog Riksrevisionen följande övergripande slutsatser.

För det första, att regeringens styrning av arbetet med miljökrav i offentlig upphandling behöver stärkas. För det andra, att regeringens handlingsplan för miljöanpassad upphandling saknar en tydlig riktning mot prioriterade miljöproblem och att handlingsplanen därför bör ändras i detta avseende. För det tredje, att de utpekade myndigheternas uppdrag i handlingsplanarbetet är oklart. Deras uppdrag bör därför uppdateras och prioriteras.

Riksrevisionen lämnade också specifika förslag på hur den miljöanpassade upphandlingen kan blir mer effektiv. En starkare styrning och högre effektivitet skulle kunna uppnås genom att prioriterade produktgrupper pekats ut i en förordning, i likhet med regeringens prioriteringar av miljöbilar genom Förordning (2009:1) om miljö- och säkerhetskrav för myndigheters bilar och bilresor.

³ Riksrevisionen, *Miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?* RiR 2011:29.

Denna förordning bedömdes ha varit lyckosam. De utpekade produktgrupperna bör, enligt Riksrevisionen, karaktäriseras av områden med en relativt stor upphandlingsvolym, upphandlas av stora delar av den offentliga sektorn samt ha en betydande negativ miljöpåverkan. Riksrevisionen förordar vidare att det tas fram ett mera effektivt upphandlingsstöd och att arbetet med den miljöanpassade upphandlingen ges en tydligare riktning.

Riksrevisionen pekar på den potential som finns i att fortsätta utveckla den statliga ramavtalsverksamheten i en miljömässigt hållbar riktning, och konstaterar därvid att den aviserade översynen av förordningen för statlig inköpssamordning ännu inte genomförts. Man anser vidare att de statliga upphandlingsstödjande insatserna i större utsträckning bör samordnas. Man konstaterar att MSR och Konkurrensverkets information rörande miljöanpassad upphandling inte är helt samstämmiga – en ordning som riskerar att skapa otydlighet vis-a-vis leverantörer och upphandlande myndigheter, något som inte gagnar en effektiv användning av den miljöanpassade upphandlingen.

Sist men inte minst poängterar Riksrevisionen vikten av att upphandlande myndigheter och enheter anlägger ett livscykelperspektiv på sin anskaffning av varor och tjänster. Detta är, menar man, ett förfarande som kan bidra till en god hushållning med det offentligas medel.

Regeringen redovisade i april 2012 i en skrivelse till riksdagen sin bedömning av Riksrevisionens granskning. Av denna framgår att man i huvudsak delar Riksrevisionens övergripande synpunkt om att styrningen av den miljöanpassade upphandlingen måste stärkas. Därvid lyfter regeringen fram några initiativ som tagits, bland annat att man tillsatt två utredningar, Upphandlingsstödsutredningen och Upphandlingsutredningen som berör flertalet av Riksrevisionens iakttagelser och rekommendationer.

7.1.3 MSR:s övergripande bedömning av arbetet med miljöanpassad upphandling i Sverige

I ett särskilt uppdrag för utredningen gjorde MSR en särskild genomgång – ”Miljö- ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling” – av sina erfarenheter av miljöanpassad upphandling.⁴ I rapporten lyfter MSR fram följande erfarenheter av att ta miljö- och sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.

Arbetet med att miljöanpassa den offentliga upphandlingen bedöms ha bidragit till:

- ett ökat engagemang kring miljö- och hållbarhetsfrågor på de flesta nivåer i samhället,
- att allt fler upphandlande myndigheter tar miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar,
- att många leverantörer är positiva till betoningen av miljö- och sociala frågor,
- flera goda exempel på samverkan mellan olika aktörer, samt
- att Sverige ligger i topp i internationella jämförelser, såväl avseende miljöanpassad som socialt ansvarsfull offentlig upphandling.

Till de negativa erfarenheterna hör:

- att det saknas en nationell handlingsplan för hållbar upphandling,
- att det inte finns någon myndighetshemvist för sociala frågor,
- begränsade ekonomiska och personella resurser,
- organisatoriska brister i att upphandlingsstödet inte mer samlar arbetar med hela upphandlingsprocessen,
- förekomsten av juridiska oklarheter och en tvetydig utveckling av rättspraxis,
- sparsam användning av livscykelerspektiv och innovativa upphandlingsverktyg,
- svårigheter att följa upp och verifiera ställda miljökrav, samt

⁴ AB Svenska Miljöstyrningsrådet, *Miljö-, ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, Uppdrag åt Upphandlingsutredningen 2010. Rapport 2012:1. Rapporten i sin helhet återfinns i bilaga 11.

- avsaknaden av ”grön upphandlingsstatistik”.

7.1.4 Några sammanfattande iakttagelser

Utredningen kan konstatera att den handlingsplan för miljöanpassad offentlig upphandling som regeringen beslutade om har inneburit att den miljöanpassade upphandlingen flyttat fram sina positioner. Det finns ett starkt engagemang för frågorna och många upphandlande myndigheter och enheter ställer i dag regelmässigt miljökrav i upphandlingarna. Det finns emellertid fortfarande mycket som behöver förbättras. De granskningar som sammanfattats i det föregående pekar särskilt på att samordningen mellan olika statliga aktörer, med uppgifter inom upphandlingsområdet, behöver förbättras och att mer och bättre stöd behöver ges till upphandlande myndigheter och enheter. En utökad förordningsstyrning inom utvalda produktområden framhålls som en möjlig väg fram. Andra förbättringsområden som lyfts fram är bättre uppföljning av ställda miljökrav och ett större inslag av livscykelkostnadsanalyser. Dessa förbättringsområden diskuteras i det följande.

7.2 Att ställa och följa upp miljökrav i offentliga upphandlingar

7.2.1 Inledning

Som framgått i det föregående finns det en stor vilja bland kommuner, landsting och många statliga myndigheter att ställa miljökrav i sina respektive upphandlingar. En slutsats som kunnat dras av den föregående diskussionen är vikten av genomtänkta och relevanta krav, vilket ställer betydande krav på den upphandlande myndighetens eller enhetens kompetens. Det kan t.ex. noteras att Naturvårdsverkets studie indikerar en utveckling mot att upphandlande myndigheter och enheter i ökad utsträckning ställer krav som brister i precision, en utveckling som, enligt utredningens uppfattning, riskerar att leda till fördyrade upphandlingar med svag eller osäker miljöpåverkan. Utredningen har också kunnat konstatera (i kapitel 3) att uppföljning av de krav som ställs i offentliga upphandlingar generellt sett är ett starkt eftersatt område. Detta

problem verkar om något vara speciellt allvarligt när det gäller miljörelaterade krav. Utredningen har mot denna bakgrund valt att speciellt behandla frågan om att ställa och följa upp miljörelaterade krav vid upphandling av de varor, tjänster och entreprenader som den offentliga sektorn upphandlar.

7.2.2 I vilken omfattning ställs miljökrav i offentlig upphandling och varför?

Frågan i vilken utsträckning upphandlande myndigheter och enheter ställer miljökrav i de upphandlingar som genomförs – och vilka krav det rör sig om – är svår att få grepp om. Orsaken är bristen på tillförlitlig statistik över den offentliga upphandlingen i allmänhet och vilka typer av krav som ställs i olika upphandlingar i synnerhet. Viss kunskap finns dock.

Naturvårdsverket har som en del av arbetet med handlingsplanen låtit genomföra enkätstudier rörande förekomsten av miljöanpassad upphandling i den offentliga sektorn. Studierna har hittills genomförts för åren 2004, 2007 samt 2009. Resultatet av den senaste studien, som presenterades i rapporten *Tar den offentliga sektorn miljöhänsyn vid upphandling?* kan sammanfattas enligt följande:

Över 80 procent av drygt 400 upphandlande myndigheter eller enheter som besvarade enkäten uppgav att de antingen har en policy eller riktlinjer för hur miljöhänsyn ska tas vid upphandlingar. En jämförelse över tid visar att allt fler aktörer har antagit både en policy och specifika mål för miljöhänsyn vid upphandling. Det är dock inte mer än drygt hälften av myndigheterna som regelmässigt tar miljöhänsyn: knappt 60 procent av de upphandlande myndigheterna eller enheterna av upphandlingar uppger att de alltid eller oftast ställer miljökrav vid upphandlingar. Drygt hälften, 52 procent, uppger att de väljer de miljöbästa produkterna vid avrop på ramavtal.

En jämförelse mellan olika myndigheter visar att landstingen mer frekvent, än både kommuner och statliga myndigheter, ställer miljökrav i sina upphandlingar. En annan iakttagelse är att myndigheter som antagit klara policys/riktlinjer för miljöanpassad upphandling överlag i större utsträckning ställer denna typ av krav. Även storleken, sett till inköpsvolym, förefaller att vara en avgörande faktor: upphandlande myndigheter och enheter med relativt stora inköpsvolymmer ställer i hög grad krav på miljö.

Dessa observationer är, enligt utredningens bedömning, logiska mot bakgrund av att landstingen samt större kommuner och statliga myndigheter i regel har egna inköpsavdelningar eller enheter som är specialiserade på upphandling. Det rimmar också väl med en annan central observation i Naturvårdsverkets studie, nämligen att bristande kunskap om hur kraven ska ställas utgör det största hindret vid miljöanpassad upphandling. Det är knappt hälften av de upphandlande myndigheterna och enheterna som uppger att personalen har givits utbildning i miljöanpassad upphandling. Å andra sidan uppger det absoluta flertalet av myndigheterna att det finns miljökompetens inom organisationen som skulle kunna vara behjälplig vid formuleringen av miljökrav. Det som främst efterfrågas är tillgängliga verktyg och goda exempel.

Men även andra faktorer synes påverka benägenheten att ställa miljökrav. Naturvårdsverkets tidigare nämnda utvärdering av regeringens handlingsplan identifierar tre nyckelfaktorer som avgörande för om miljökrav ställs eller inte i offentliga upphandlingar. En första nyckelfaktor är politiskt stöd. Det visar sig att ett formaliserat stöd genom en väl förankrad och implementerad miljöpolicy är helt centralt. Den andra faktorn av betydelse är den relativt stora osäkerhet som råder på många håll om hur miljökrav kan ställas i förhållande till upphandlingslagstiftningen, inte minst kopplad till rädslan för att en upphandling ska överprövas. Detta verkar i synnerhet gälla de upphandlande myndigheter som mer sällan inkluderar miljökrav i sina upphandlingar. En tredje och viktig faktor för om miljökrav övervägs i samband med en upphandling eller ej är det individuella (miljö)engagemanget hos medarbetare, både hos verksamhetsutövare och hos upphandlare.

7.2.3 Vilka slags krav ställs?

Det framgår inte av Naturvårdsverkets studie inom vilka specifika produktgrupper, dvs. vilka typer av varor och tjänster, som miljökrav ställs. Inte heller vilken typ av krav som ställs, mer än att knappt 60 procent av myndigheterna uppger att de använder MSR:s upphandlingskriterier. Såvitt utredningen kan förstå ställs dock miljökrav främst inom i huvudsak följande produktkategorier:

- Kommunerna ställer miljökrav i upphandlingar av livsmedel, transporter och energirelaterade produkter.

- Landstingen ställer motsvarande krav vid upphandlingar av sjukvårdsprodukter och transporter.

För de statliga myndigheterna är bilden svårtecknad, vilket inte är så konstigt mot bakgrund av att deras respektive verksamheter skiljer sig markant åt. När det gäller varor och tjänster som de statliga myndigheterna avropar från de ramavtal som upphandlas av Statens inköpscentral går det dock att vara mer precis. Statens inköpscentral ställer nämligen miljökrav för den absoluta merparten av upphandlande produkterna. Vidare omgärdas exempelvis Trafikverkets mycket stora upphandlingsverksamhet som regel av miljökrav. Verket har nyligen genomfört en analys av tänkbara åtgärder för att öka effektiviteten och kapaciteten i transportsystemet – med en utblick till 2050. I denna utredning – den s.k. Kapacitetsutredningen – finns ett omfattande underlag som belyser hur kraven i samband med kommande om- och nybyggnad kan och bör miljöanpassas.⁵

MSR:s kriterieverksamhet

Viss vägledning av vilka krav som de facto ställs på myndighetsnivå kan emellertid fås genom att studera MSR:s kriterieverksamhet. Det finns nu miljökrav för det absoluta flertalet av de produkter som den offentliga sektorn anskaffar på regelbunden basis. För närvarande rör det sig om ett tiotal olika produktområden: städ- och rengörings-, gatu- och fastighets-, energi-, inrednings- och textil-, kontors-, livsmedels-, sjukvårds- och omsorgs-, fordons- och transportområdena. Inom varje produktområde finns det ett antal undergrupper med mer specifika produktområden. Totalt rör det sig om ett stort antal miljörelaterade krav, närmare ett tusental är en siffra som MSR själv anger.

⁵ Trafikverket, rapport 2012:101.

Många olika aspekter beaktas när kriterierna tas fram

För respektive kriterium finns information om kravets tillkomst, motivet till att ställa kravet samt förslag på handlingar som kan användas för att styrka att kravet är uppfyllt, dvs. verifierat. Till grund för kriterieprocessen använder MSR ett internt instrument som kallas för prioriteringsmatrisen. Denna består av ett 20-tal olika frågor som syftar till att ringa in produktområden där man bedömer att det behövs och är lämpligt att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar. Frågorna rör bland annat:

- om koppling finns till de 16 svenska miljökvalitetsmålen,
- vilken miljöförbättringspotential som bedöms föreligga,
- om det finns stora skillnader i miljöprestanda mellan leverantörerna på marknaden,
- konkurrenssituationen på marknaden,
- om det finns andra styrmedel, t.ex. miljöskatter, på det aktuella produktområdet,
- om leverantörsmarknaden och produktområdet bedöms som innovativt, samt
- om den offentliga sektorn är en stor kund.

Det är med andra ord en rad olika aspekter som tas i beaktande när de olika miljökraven tas fram, varav flera är direkt kopplade till de kriterier som från ett samhällsekonomiskt perspektiv bör vara avgörande för om och när miljökrav är lämpliga att ställa i offentliga upphandlingar. För områden där upphandlingskriterier saknas har MSR arbetat fram en vägledning om vad en upphandlande myndighet eller enhet bör tänka på när man på egen hand formulerar sina miljökrav.

Miljökraven kan ställas på flera olika sätt och med olika ambitionsnivåer

MSR:s miljökriterier kan användas på flera olika sätt i förfrågningsunderlaget. Dels som krav på leverantören eller den produkt som ska levereras och dels i form av tilldelningskriterier eller som särskilda fullgörandevillkor. För flertalet kriterier finns det olika

ambitionsnivåer: en basnivå, en avancerad nivå och en s.k. spjuts-spetsnivå, som den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja mellan beroende på faktorer som information om marknaden, ambitionsnivå, etc.

Att tänka på vid tillämpning av miljökriterierna

Till stöd för de upphandlande myndigheterna och myndigheterna har MSR tagit fram en checklista för hur kriterierna ska ställas, en checklista som innehåller följande punkter:

- Val av nivå: Här ska den upphandlande myndigheten välja ambitionsnivå på det eller de krav som ska ställas i den aktuella upphandlingen.
- Val av krav: Nästa steg är att myndigheten väljer ut de krav som tillhör den valda nivån i respektive kriteriedokument.
- Infoga kravet: Att infoga kravet rätt i det egna förfrågningsunderlaget innebär att använda hela det valda kravet utan att omformulera det eller använda det som bilaga.
- Ange hur svaret ska se ut: Här ska den upphandlande myndigheten ange om anbudsgivaren ska använda ett svarsformulär eller ett eget formulär och vilka verifikat (bevismedel) som kan lämnas, eller om sådana istället kommer att efterfrågas vid en eventuell uppföljning.

Varje krav i kriteriedokumentet anger förslag på verifikat. Utöver kriterierna finns även andra stödjande dokument.

- Motivdokument: Förklarar varför kraven är viktiga att ställa.
- Tillämpningsdokument: Ger specifika råd för ett visst produktområde.
- Svarsblankett: Gör det enklare för anbudsgivaren att svara på kraven.
- Bakgrundsdokument: Ger fördjupad information om produktområdet

Som ytterligare stöd har MSR en helpdesk dit upphandlande myndigheter kan vända sig direkt med frågor.

7.2.4 Vilka faktorer påverkar hur miljökrav ställs?

Som framgått tidigare talar man inom området miljöanpassad offentlig upphandling om välformulerade respektive icke välformulerade miljökrav. Naturvårdverkets studie visar att upphandlande myndigheter upplever en otydlighet dels om vad som kan räknas som ett miljökrav, dels vad som menas med ett välformulerat miljökrav. Det står vidare klart att förekomsten av miljökunskap och förståelse för miljökravens roll i offentlig upphandling inom organisationen har avgörande betydelse för hur kraven ställs. Vidare indikerar studien att vissa upphandlare upplever svårigheter att ställa miljökrav på grund av osäkerhet rörande det handlingsutrymme som finns inom ramen för upphandlingslagstiftningen. Juridisk kompetens har således också betydelse för hur miljökraven ställs.

Ytterligare en osäkerhet har att göra med den beräknade kostnaden för att ställa miljökrav. Enligt flera av de upphandlande myndigheter som ingick i studien är såväl ekonomiska som miljörelaterade vinster uppenbara om kostnaderna för miljöanpassade produkter ses i ett längre perspektiv och inte enbart räknas på de initiala kostnaderna. Ekonomisk kompetens spelar därför också en viktig roll för hur miljökraven ställs.

Studien visar också att miljöhänsyn oftast beaktas via krav i förfrågningsunderlaget och anledningen till detta är att de, vid anbudsutvärderingen, bedöms enklare att hantera än som tilldelningskriterier eller särskilda kontraktsvillkor.

Det verkar också finnas ett samband mellan hur ofta miljöhänsyn tas i upphandlingarna och variationen på kraven: ju oftare miljökrav ställs desto större variation. En annan observation är att användningen av nivån på MSR:s kriterier: bas, avancerad eller spjutspets – till stor del är avhängig vilka resurser som finns tillgängliga: ju mer upphandlingsresurser som en myndighet förfogar över desto mer ambitiösa kriterier tenderar man att använda sig av. Enligt studien ställs oftast miljökrav på basnivå.

7.2.5 Hur följs kraven typiskt sett upp?

Precis som i fallet med vilka specifika miljökrav som ställs är det svårt att skaffa sig en heltäckande bild av det arbete med uppföljning som utförs på myndighetsnivå. Uppfattningen att upp-

följningen är eftersatt stöds av Naturvårdsverkets tidigare nämnda enkätundersökning. Där framkommer att inte mer än drygt 10 procent av de över 400 upphandlande myndigheterna eller enheterna som besvarade enkäten uppger att de alltid eller ofta följer upp upphandlingar ur miljösynpunkt. Cirka en fjärdedel anger att det förekommer att de följer upp medan drygt hälften av myndigheterna svarade att de sällan eller aldrig gör uppföljningar av de miljökrav som ställts.

På frågan hur de uppföljningar går till, som trots allt görs, visar enkäten att den vanligaste formen är ett avstämningsmöte med leverantören. Tyvärr finns det ingen närmare information om vad som avhandlas vid dessa möten. Den näst vanligaste formen av uppföljning är att dokumentation eller data begärs in från leverantören, vilket i knappt hälften av fallen sker genom någon form av certifikat. Stickprovsundersökningar sker i ungefär 25 procent av upphandlingarna. Platsbesök är ovanliga, de sker bara i 13 procent av fallen.

7.2.6 Ett bra exempel på hur uppföljning av miljökrav kan gå till

Som framgick i kapitel 3 arbetar Västtrafik, som ligger långt framme i arbetet med att ställa och följa upp miljökrav, med en intressant kvalitetsmodell i sina upphandlingar av kollektivtrafik. Det är primärt tre slags krav som ställs på de potentiella leverantörerna: utsläppskrav, krav på andel förnybart drivmedel samt krav på att trafikutövarna ska ha ett aktivt miljöarbete. Kollektivtrafikbranschen har gemensamt tagit fram en miljökravsbilaga som Västtrafik utgår ifrån vid trafikupphandlingarna. De krav som ställs följs också upp, framför allt i syfte att säkerställa att beställd trafik och kvalitet verkligen tillhandahålls. Vidare ses det som en trovärdighetsfråga vis-a-vis operatörerna. Man framhåller även, som utredningen tidigare varit inne på, vikten av en god konkurrens som skäl att följa upp de krav som ställs.

Samtliga trafikavtal följs upp med hjälp av fordonsdatabasen Frida. I databasen läggs trafikavtalen in och fordonen som ska användas på respektive avtal kopplas samman med avtalet. Varje avtal innehåller krav som gäller utsläpp av kväveoxider och partiklar, krav på en viss andel förnybart drivmedel och krav på ett aktivt miljöarbete. Trafikföretaget lägger in fordonen i databasen,

de anger basdata om fordonen (typ av buss, euroklass mm) och även rörliga data, för närvarande två gånger per år. Med rörliga data menas exempelvis körda kilometer och drivmedelsförbrukning. Dessa uppgifter används sedan i uppföljningen.

Trafikföretagen ska också redovisa hur de arbetar aktivt inom ramen för sitt eget miljöledningssystem. För att säkerställa att den information som lämnats via Frida är korrekt genomförs även miljörevisioner på plats hos trafikföretagen. Miljörevisionen är ett platsbesök där Västtrafik och trafikföretaget tillsammans går igenom miljöarbetet och diskuterar möjliga förbättringar. Det ses som ett tillfälle att ge tips och idéer till varandra så att utvecklingen går åt önskat håll.

Enligt utredningens uppfattning är Västtrafiks arbete med att följa upp ställda miljökrav ett mycket bra exempel på hur en uppföljning bör gå till.

7.2.7 Sammanfattande slutsatser och förslag

Upphandlingsutredningens förslag:

MSR (alternativt det samordnade upphandlingsstödet⁶) ansvarar för att utforma miljökravpaket för de vanligast förekommande produktområdena. Paketerna ska bestå av de mest relevanta och viktigaste kraven och instruktioner om hur kraven kan följas upp.

MSR (alternativt det samordnade upphandlingsstödet) ges uppdraget att genomföra en förstudie om och hur landstingens databas för uppföljning av sociala krav (se avsnitt 8.2) kan utvecklas i syfte att underlätta uppföljningen av miljökrav.

Statens inköpscentral i samråd med MSR (alternativt det samordnade upphandlingsstödet och Statens inköpscentral) ansvarar för att upphandla ramavtal för uppföljning av miljökrav.

Regeringen bör ta initiativ till ett utökat och mer formaliserat nordiskt samarbete kring kriterieutformning och uppföljning av miljökrav.

⁶ Notera att Upphandlingsutredningen förordar en ny upphandlingsstödjande myndighet i avsnitt 1.4 som även ska inkludera MSR:s kompetens.

Nationell kriterieverksamhet är mycket viktig i sammanhanget

Kunskapsgenomgången i kapitel 6 indikerade vikten av ha samordnade miljökrav så att inte leverantörer inom ett produktområde möter en mängd olika krav. Det framkom också att det kan vara svårt att ställa relevanta krav. Det kräver mycket kunskap av de upphandlingsansvariga, något som även de refererade granskningarna i det här kapitlet visar. Det gäller i synnerhet vilka krav som får ställas – hur långt man kan gå – en synnerligen komplex och svårtillgänglig materia. En annan viktig fråga när miljöhänsyn övervägs är i vilken utsträckning det redan finns andra styrmedel på plats och hur verksamma dessa är. Det säger sig självt att för de flesta upphandlande myndigheter och enheter är detta en övermäktig uppgift att klara av på egen hand. Det är helt enkelt inte görligt att alltid ha den kompetens som krävs. Sammantaget talar detta starkt för att ha en central instans som ansvarar för kriteriearbetet m.m. I den svenska upphandlingskontexten är MSR:s verksamhet just ett svar på detta.

Utredningens bedömning är att verksamheten inom MSR är av avgörande betydelse för att de krav som ställs i dag är genomtänkta ur ett miljömässigt, juridiskt och samhällsekonomiskt perspektiv. Utredningen gör samtidigt bedömningen att verksamheten skulle kunna bli än mer värdefull för den offentliga sektorns miljömässigt och socialt anpassade upphandling genom följande två åtgärder: a) en inlemning av MSR:s kriterieverksamhet i ett utvecklat nationellt upphandlingsstöd– under förutsättning att garantier skapas vid övergången att MSR:s verksamhet kan fortsätta utvecklas enligt de förutsättningar som gäller i dag och med bibehållen integritet – och b) genom en utveckling av miljökravpaket för varor och tjänster som många myndigheter upphandlar eller där det handlar om stora volymer. Det handlar här inte om att utveckla miljökravpaket för de stora upphandlingsmyndigheterna, som t.ex. Trafikverket och kollektivtrafikföretagen, som i stor utsträckning redan utvecklat och regelmässigt använder dylika paket, utan avsikten är att underlätta och vässa myndigheternas miljöanpassade upphandling i stort. Utredningen ser att en sådan verksamhetsutveckling skulle vara en naturlig fortsättning av den verksamhet som MSR hittills byggt upp.

Kriterieverksamheten kan sannolikt göras än mer användarvänlig och verkningsfull genom utformning av ”miljökravpaket”

Utredningen bedömer att det sannolikt finns vinster att göra genom att de upphandlande myndigheterna i större utsträckning använder samstämmiga krav inom de olika produktområdena och att kravnivån än mer anpassas efter olika leverantörsmarknader. Det ligger ett värde i att de miljökrav som den offentliga sektorn ställer inom olika områden är så standardiserade som möjligt. Det blir då mer förutsägbart för leverantörerna vilka krav som gäller. Erforderliga investeringar för att möta kraven blir enklare att motivera. Detta kommer i sin tur att gynna konkurrensen på marknaden. Sist men inte minst kommer det sannolikt att bidra till att större miljöeffekt uppnås. Det är också viktigt att kravnivån anpassas efter leverantörsmarknadens förutsättningar: på större och mer utvecklade marknader kan högre krav ställas.

Utredningen är medveten om att MSR redan i dag i mångt och mycket arbetar på det här sättet. Det finns olika kravnivåer, kraven tas fram i samverkan med företrädare för beställar- och leverantörsidan etc. Man håller även på att utveckla en kriteriedatabas så att det lättare ska gå att hitta krav för den produkt som man avser att upphandla. Utredningen menar dock att detta arbete skulle kunna tas ytterligare ett steg framåt genom att MSR utformar färdiga miljökravpaket för de vanligast förekommande produktområdena som kommunerna, landstingen respektive de statliga myndigheterna efterfrågar. Dessa paket skulle bestå av de mest relevanta och viktigaste kraven inom de aktuella områdena och även innehålla tydliga instruktioner på hur kraven bör följas upp. Tanken är att upphandlarna inte skulle behöva fundera på vilka krav som ska ställas – de kan välja de relevanta paketen i trygg förvisning om att upphandlingen då blir optimalt miljöanpassad. Detta ska inte tolkas som att utredningen anser att upphandlande myndigheter och enheter alltid eller ofreflekterat ska ställa miljökrav. Så är det inte. Det handlar i stället om att inom områden där det är relevant att ställa krav på miljöhänsyn skapa största möjliga verkan med så lite ansträngning och resursåtgång som möjligt.

En dylik åtgärd skulle ha flera fördelar: Den skulle förenkla upphandlingen av miljöanpassade varor och tjänster. Den skulle vidare skapa ökad tydlighet vis-a-vis leverantörsmarknaderna. Det skulle givetvis bli en grannlaga uppgift för MSR, alternativt det sam-

ordnade upphandlingsstödet, att finna den sammantaget mest optimala kombinationen av krav, nivå på kraven etc. Kravnivån ska å ena sidan vara tillräckligt hög för att de upphandlande myndigheterna med gott samvete kan säga sig bedriva en miljöanpassad anskaffningsverksamhet och innebära en definitiv utmaning för marknadens leverantörer att möta, så att en kontinuerlig förbättring av miljöprestanda sker. Å andra sidan får kraven inte vara så ambitiösa att bara ett fåtal företag klarar av att möta dem: då försvagas oundvikligen konkurrensen på marknaden. Utredningens bedömning är dock att MSR:s personal, i kraft av sin specialistkompetens och mångåriga erfarenhet, är väl skickade att göra denna svåra avvägning.

En aspekt att beakta i detta arbete är risken för att miljökravspaketet innebär en sådan standardisering och likriktning att det konserverar, snarare än utvecklar, den offentliga upphandlingen i en miljövänlig riktning. För att motverka denna risk måste kravnivåerna löpande revideras, t.ex. vartannat eller vart tredje år.

Kriterieverksamheten kan sannolikt få en ännu större utväxling i en större upphandlingsstödjande verksamhet samtidigt som den efterfrågade samordningen av inblandade myndigheter skulle öka

Riksrevisionens granskning av den miljöanpassade upphandlingen visar på ett behov av en större samordning hos inblandade myndigheter. Det framhålls som ett problem att de centrala myndigheternas/organisationernas råd och bedömningar i frågor relaterade till den miljöanpassade upphandlingen inte alltid är i överensstämmelse med varandra. Detta skapar en otydlighet och spår på den osäkerhet som finns hos många upphandlande myndigheter angående vilka krav som får ställas m.m. Därtill kommer att det rent generellt finns ett stort behov inom offentlig upphandling av att de olika perspektiven på upphandlingen vägs samman och ryms i en och samma analys. Detta gäller självfallet också området miljöanpassad upphandling.

Utredningen anser att MSR:s verksamhet, där kriterieverksamheten utgör en dominerande del, bör inlemmas i en ett utvidgat upphandlingsstöd. Detta skulle medföra en rad positiva synergieffekter, bl.a. ökad tydlighet och tillföra upphandlingsstödet värdefull spetskompetens inom området hållbar upphandling (miljö-

mässigt och socialt). En sådan inlemning får emellertid under inga villkor innebära att MSR:s verksamhet slås sönder, vilket alltid är en risk när verksamheter slås samman. En sammanslagning måste därför ske i former där allt görs för att utnyttja och bygga vidare på de värden som MSR byggt upp. Det är viktigt att arbetet även fortsättningsvis är utåtriktat, i nära dialog med intressenterna, samt fokuserat på upphandlingsfrågor inom miljöområdet och det sociala området.

Stor medvetenhet om att uppföljningen av ställda miljökrav är eftersatt

Ett av sorgebarnen i offentlig upphandling är uppföljningen av de olika krav som ställs. Uppföljningen av miljökrav är inget undantag. I vissa avseenden framstår också den eftersatta uppföljningen inom den miljöanpassade upphandlingen som extra problematisk, framför allt från leverantörsperspektivet. Att som många upphandlande myndigheter och enheter förefaller göra, ställa krav på att leverantörerna och de produkter som tillhandahålls ska uppfylla, ibland omfattande, miljökrav utan att sedan följa upp att dessa faktiskt efterlevs, tenderar att skapa stor irritation inom leverantörskollektivet. Det gäller framför allt de leverantörer som tar kraven på allvar och på olika sätt anstränger sig för att möta dem, vilket i regel är förknippat med vissa kostnader. Utredningens gör bedömningen att det finns en ökande medvetenhet ute på upphandlande myndigheter och enheter om att uppföljning är ett eftersatt område och att sakernas tillstånd måste förbättras. Frågan är hur det ska gå till.

Den främsta anledningen till att uppföljningen av miljökrav brister verkar vara brist på resurser och organisationer som inte är anpassade efter uppgiften

En viktig observation är att en förbättrad uppföljning av miljökrav intimt hänger ihop med en förbättrad uppföljning rent generellt. Ytterligare en observation är att det finns vissa typer av miljökrav som kan vara särskilt svåra att kontrollera och följa upp. Många miljökrav har att göra med olika substanser, kemikalier m.m. som kan ingå i olika produkter, vars beskaffenhet inte låter sig obser-

veras med blotta ögat – de måste istället analyseras i ett laboratorium eller motsvarande. När det gäller dylika krav måste de upphandlande myndigheterna i stor utsträckning lita till olika former av certifieringar, märkningar m.m. Detta ”ämnes- eller kemikalierelaterade” problem ska dock inte överdrivas. Det stora problemet är fortfarande att uppföljning inte alls sker och det beror primärt på andra faktorer än att det är tekniskt svårt.

Viss uppföljning skulle kunna underlättas av en nationell databas för uppföljning

När det gäller uppföljning av vissa sociala krav har landstingen tagit fram en gemensam databas för självdeklarationer (se avsnitt 8.2.6). Enligt utredningens uppfattning finns det anledning att överväga en motsvarande databas inom miljöområdet. Många företag är leverantörer till ett flertal kommuner, landsting och statliga myndigheter. Det skulle kunna underlätta uppföljningen av vissa miljökrav att leverantörernas uppgifter kring produkters miljöprestanda, certifikat etc. fanns samlade i en gemensam databas.

Ytterligare ett förslag att överväga är att ge Statens Inköpscentral och MSR (alternativt det samordnade upphandlingsstödet) ett uppdrag att upphandla ramavtal för uppföljning av vissa miljökrav. En modell för hur detta kan gå till utgörs av SKI Kommentus och deras nyligen ingångna ramavtal för uppföljning av sociala hänsyn.

Nordiskt samarbete

Utredningen anser vidare att det finns anledning att initiera en diskussion kring ett utökat och mer formaliserat nordiskt samarbete kring kriterieutformning och uppföljning av miljökrav. Det finns redan i dag ett samarbete kring miljömässigt och socialt ansvarsfull offentlig upphandling men som enligt utredningen skulle kunna fördjupas ytterligare (se avsnitt 8.2).

7.3 Att möta framtida klimat- och resursutmaningar med offentlig upphandling av transformativa lösningar

7.3.1 Inledning

I begreppet den goda affären innefattas att upphandlande myndigheter och enheter föregår med gott exempel och tar ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling – inte minst genom att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamheternas behov.

Det finns olika sätt att försöka möta framtidens utmaningar på hållbarhetsområdet. Det tillvägagångssätt som används mest frekvent går ut på att ställa specifika miljökrav inom ramen för nu känd teknik. Det innebär som regel att miljöpåverkan reduceras, ofta dock bara marginellt. Ett annat sätt kan vara att upphandla en funktion, med krav på hög prestanda och ändamålsenlighet, och låta marknaden offerera lösningar på hur uppgiften bör utföras. Ett tredje sätt kan vara att upphandla ett innovationsarbete, dvs. en lösning av ett specifikt problem, genom ett utvecklingsprojekt som utmynnar i en helt ny vara eller tjänst. Ytterligare ett sätt, som presenteras i det följande, kan vara att efterfråga transformativa lösningar vid en upphandling.

Transformativa lösningar kan sägas vara en form av tjänsteinnovation som tar sin utgångspunkt i behovet att utveckla produktions- och konsumtionsmönster som är hållbara på lång sikt. Tanken är att den offentliga sektorn, via sina inköp, ska lämna konstruktiva bidrag till lösningar som kan fungera och möta människors behov i en värld med, på sikt, nio miljarder människor. Ambitionen är att utnyttja produkter och tjänster som ger samma eller bättre service som konventionell teknik men till ett energi- eller resursutnyttjande som är många gånger lägre. Utgångspunkten är en förbättring av energi- och resursanvändning med minst 80 procent i förhållande till hur en funktion/service tillhandahålls konventionellt.⁷ Transformativa lösningar inrymmer både tekniksprång, nya sätt att organisera en verksamhet samt förändrade beteenden för att uppfylla de behov som efterfrågas. Upphandling av transformativa lösningar är således en form av funktionsupphandling, men med en djupare behovsanalys, kopplat till mycket ambitiösa krav vad gäller miljö- och resurspåverkan.

⁷ Går även under benämningen faktor 5.

Utredningen gör bedömningen att transformativa lösningar kan vara ett effektivt sätt att möta framtidens utmaningar och samtidigt stödja framväxten av ett hållbart näringsliv. Den offentliga sektorn är en kraftfull aktör inom en rad områden, inte minst vad gäller infrastruktur, inklusive byggande och mobilitet, och kan initiera värdefulla bidrag i ansträngningarna att utveckla nya och resursnåla lösningar. Detta innebär inte att det traditionella arbetet genom kravställande skulle upphöra. Tvärtom finns det goda skäl att det arbetet kan behöva utvecklas och skärpas inom en rad områden. Att bidra till utvecklingen av transformativa lösningar ska ses som ett kompletterande verktyg, som framför allt kan komma till användning på områden där både behovet av och potentialen för en radikalt lägre användning av energi och naturresurser bedöms vara stor.

Det här avsnittet innehåller en översiktlig framställning av innovationer kopplade till offentlig upphandling samt en närmare beskrivning av transformativa lösningar och vad de kan åstadkomma. Avsnittet bygger till stora delar på rapporten *Transformativa lösningar och offentlig upphandling* som är framtagen för utredningens räkning.⁸ I avsnittet finns också en redogörelse för en pilotstudie som utredningen initierat i samarbete med Statens inköpscentral. Dessutom finns en överblick över vad som skett sedan Utredningens delbetänkande överlämnades. Här återfinns t.ex. en kortfattad redogörelse över några nyheter i kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv. Avsnittet avslutas med utredningens slutsatser och förslag.

7.3.2 Delbetänkandet och remissinstanserna

I delbetänkandet redogjorde utredningen översiktligt för begreppet transformativa lösningar och på vilket sätt sådana lösningar kan bidra till en mera hållbar utveckling. Det underströks att transformativa lösningar – som också introducerades under termen gröna innovationer – har potential att radikalt kunna minska både den direkta miljöpåverkan och naturresursanvändningen och bland annat stödja utvecklingen av en hållbar infrastruktur. Transformativa lösningar bedömdes också kunna driva på utvecklingen mot en mer hållbar affärsutveckling, där innovationer, service och tjänster står i centrum. Utredningen menade vidare att upphandling av

⁸ Rapporten har tagits fram av konsulten Dennis Pamlin och finns i bilaga 18.

innovationer och innovativa lösningar rent generellt har en stor potential att förnya den offentliga sektorn. För att leva upp till den målsättningen krävs dock vägledning via ett kunnigt upphandlingsstöd och därtill kompetenshöjande åtgärder för upphandlingsansvariga.

Utredningen underströk vidare att fördelarna med att upphandla funktion i stället för att basera en upphandling på detaljerade tekniska specifikationer behöver belysas närmare. Även här bedömdes behovet av ytterligare upphandlingsstödjande vägledning vara stort. Dessutom konstaterades att nu gällande regler som tillåter förhandlingar mellan parterna, dvs. konkurrenspräglad dialog och förhandlad upphandling, tjänar på att förtydligas och breddas.

Remissinstanserna företrar funktionskrav i upphandlingar

Huvuddelen av remissinstanserna ansåg att ställandet av funktionskrav har stora fördelar. Några aktörer menade att utredningens resonemang om "gröna" tekniksprång behöver utvecklas. Andra efterfrågar fler konkreta förslag på hur upphandlande myndigheter ska arbeta med gröna innovationer. Det framhålls att innovationer inte bör avgränsas till s.k. gröna innovationer utan att alla typer av innovationer ska omfattas. Vidare framhölls vikten av att det finns tydliga incitament inom myndigheterna att driva innovationsupphandlingar, syftande till kreativa lösningar. Det anfördes vidare att innovationer förutsätter nära samverkan mellan beställare och leverantörer. Flera remissinstanser angav att det inte finns något hinder i gällande lagstiftning mot innovationsupphandling.

7.3.3 En nationell innovationsstrategi

Den 11 oktober 2012 antog regeringen en nationell innovationsstrategi.⁹ I strategin beskrivs regeringens långsiktiga arbete för att behålla och vidareutveckla Sveriges ledande position vad gäller innovationsklimat och innovationsförmåga för att möta de globala samhällsutmaningarna, öka konkurrenskraften och förnya framtidens välfärds- och samhällstjänster. Innovationer beskrivs som avgörande för den långsiktiga produktivitetens utvecklingen och därmed för tillväxt och framtida välstånd. I strategin anges särskilt att

⁹ Näringsdepartementet, N2012.27.

den offentliga verksamheten har ett ansvar att driva på efterfrågan av nya idéer. Det kan göras genom att offentliga tjänster i sig är innovativa. Men också genom att den offentliga verksamheten bidrar till innovationer i samhället genom t.ex. att utforma upphandlingsprocesser så att de öppnar för nya lösningar, genomföra innovationsupphandlingar eller utforma processer för samhällsplanering som främjar nya lösningar. Syftet med strategin är att bidra till ett innovationsklimat med bästa möjliga förutsättningar för innovation i Sverige med sikte på år 2020.

Som ett led i detta arbete har Svenska Institutet t.ex. fått i uppdrag att ta fram en webbaserad plattform för kommunikation kring Sverige som ett innovativt land.¹⁰ I syfte att höja effektiviteten och kvaliteten i offentlig verksamhet har regeringen också inrättat ett särskilt råd, Innovationsrådet, som ska stödja och stimulera innovations- och förändringsarbete i den offentliga verksamheten.¹¹

7.3.4 Nyheter i förslagen till nya upphandlingsdirektiv – innovationspartnerskap och gemensamma inköpscentraler över gränserna m.m.

Ett av de huvudsakliga syftena med direktivförslagen är att göra reglerna mer flexibla för att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna göra goda affärer samt kunna använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhälleliga mål.¹² I det klassiska direktivet introduceras två helt nya upphandlingsförfaranden; *förhandlat förfarande under konkurrens* och *innovationpartnerskap*. Genom införandet av det nya förhandlade förfarandet under konkurrens utvidgas möjligheterna att förhandla avsevärt. Förfarandet kan i stort sett användas när den upphandlande

¹⁰ Arbetet ska ske tillsammans med Vinnova och resultatet ska slutrapporteras den 1 juli 2014, N2012/3380/FIN:42

¹¹ Rådet för innovation och kvalitet i offentlig sektor, dir. 2011:42, uppdraget ska slutredovisas senast den 1 juni 2013.

¹² Utredningens redogörelse baseras på Konkurrenkrådets överenskommelse från den 10 – 11 december 2012 avseende det klassiska upphandlingsdirektivet och motsvarande överenskommelse från samma datum avseende försörjningsdirektivet. Utredningen har även beaktat det betänkande som Europaparlamentets ansvariga utskott för inre marknads- och konsumentfrågor (IMCO) lämnat, daterat den 11 januari 2013 med anledning av det klassiska direktivförslaget samt IMCO:s betänkande från den 7 februari 2013 med anledning av direktivförslaget för försörjningssektorerna.

myndigheten finner det lämpligt. Vid upphandling av standardvaror, eller standardtjänster får förfarandet däremot inte användas.¹³

Innovationspartnerskap kan sägas vara ett tvåstegsförfarande som innehåller både en utvecklings- och en inköpsfas.¹⁴ I den första fasen utvecklas en ny produkt, tjänst eller entreprenad, och i nästa fas upphandlas resultatet av den eller de myndigheter som initierat förfarandet. Partnerskapet ska ingås med syfte att utveckla en innovativ produkt, tjänst eller entreprenad och leda till att den upphandlande myndigheten köper in den vara, tjänst eller entreprenad som blivit resultatet av partnerskapet. Det nya förfarandet innebär en väsentlig förändring eftersom utvecklings- eller innovationsarbete hittills hållits avskilda från upphandlingsprocessen vilket innebär att det inte är möjligt att tilldela ett kontrakt till ett företag som på uppdrag av en upphandlande myndighet tagit fram en ny produkt utan genomförande av en ny upphandling. Med innovationspartnerskapet har parterna från början klart för sig vem slutanvändaren är och vem som ska leverera. Det är frivilligt för en medlemsstat att införa innovationspartnerskap i sin nationella lagstiftning. Regeringen har tillsatt en särskild utredning som bl.a. har till uppgift att överväga om Sverige ska införa dessa bestämmelser.¹⁵ Upphandlingsutredningen å sin sida välkomnar det nya förfarandet och utgår från att det kommer att ingå i det kommande regelverket. Innovationspartnerskapet, sådant det beskrivs, kan mycket väl komma att utnyttjas i sammanhanget transformativa lösningar.

En annan nyhet i direktivförslagen är att det införs särskilda regler om upphandling som genomförs av flera upphandlande myndigheter från olika medlemsstater.¹⁶ Direktivförslagen reglerar t.ex. vad ett avtal om samarbete måste innehålla och vilket lands lag som blir tillämplig på upphandlingar som genomförs med stöd av bestämmelserna (se också avsnitt 3.5).

¹³ Se vidare avsnitt 4.2.

¹⁴ Det kan jämföras med s.k. förkommersiell upphandling, se betänkandet SOU 2010:56 *Innovationsupphandling*.

¹⁵ Artikel 29 i det klassiska direktivförslaget, artikel 43 i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv. Den särskilda kommittén som ska genomföra vissa bestämmelser i de nya upphandlingsdirektiven har i uppgift att analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om innovationspartnerskap, se dir 2012:96.

¹⁶ Artikel 38 i det klassiska direktivförslaget och artikel 52 i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

7.3.5 Närmare om innovationer och transformativa lösningar

Upphandling och innovationer i allmänhet

Med innovation avses förlopp genom vilket nya idéer, beteenden och tillvägagångssätt vinner insteg i samhället och sedan sprids där. De studier som finns visar att offentlig upphandling har mest potential inom innovationsområdet när det gäller framtagandet av helt nya idéer och koncept.¹⁷ Forskarna pekar på att den offentliga verksamheten, både genom sin storlek och betydelse som lagstiftare, kan utöva påverkan genom att tydligt efterfråga tjänster utöver i dagsläget existerande kapacitet eller kvalitet.¹⁸ Vidare förefaller offentlig upphandling ha betydande potential när den inriktas på att utveckla och kommersialisera innovativa gröna produkter för vilka det finns en latent privat efterfrågan. Samtidigt har det påpekats att det finns ett inbyggt informationsproblem. Producenterna kan ha utvecklat nya lösningar men vill inte börja producera dem förrän de vet att det finns en efterfrågan, medan köparna gärna vill ha bättre produkter men antingen inte visar tydligt vad de vill ha, eller vill se en ny produkt på marknaden innan de visar att efterfrågan finns.¹⁹ I sådana situationer kan det vara särskilt lämpligt att det offentliga går före.²⁰

Myndigheter och andra organisationer som har i uppdrag att på olika sätt arbeta med innovationer och offentlig upphandling

Det finns som redan nämnts olika sätt att stödja framtagandet av nya varor och tjänster genom offentlig upphandling. Innovationsupphandlingsutredningen identifierade t.ex. förkommersiell upphandling, projekttävlingar, avsiktsförklaring avseende kommande upphandlingar och katalytisk upphandling som några förfaranden som kan övervägas.²¹ Därtill ska läggas innovationsvänlig upphandling som främst handlar om att man i enskilda upphandlingar inte

¹⁷ Se t.ex. *Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument*, Donald Marron, OECD Journal on Budgeting – Volume 3 – No. 4, 2003.

¹⁸ Paul Geroski, *Innovation and Competitive Advantage*, OECD Economics Department Working Paper, 1995.

¹⁹ COWI, *Bridging the Valley of Death: public support for commercialisation of eco-innovation*, Report to the European Commission Directorate General Environment, 2009.

²⁰ Se vidare bilaga 11, Dalhammar & Leire, *Miljöanpassad upphandling och innovationsupphandling som styrmedel* s. 66ff. Rapporten innehåller översiktliga beskrivningar över exempel på innovationsupphandlingar, inklusive hänvisningar.

²¹ Se SOU 2010:56.

ska utestänga nya eller alternativa lösningar utan i stället beakta vad marknaden kan erbjuda. Den definition som innovationsvänlig upphandling fått liknar närmast *den goda affären* och därmed ett tankesätt som varje upphandlande myndighet och enhet bör anamma.²²

När det kommer till att upphandla helt nya lösningar, som ännu inte finns på marknaden, är det en fråga av övergripande strategisk betydelse. Sådana ansatser kan uppfattas ha karaktären mer av utvecklingsprojekt än offentlig upphandling och är normalt inte möjliga att genomföra för det stora flertalet upphandlande myndigheter eller enheter. Verket för innovationssystem (Vinnova) har till särskild uppgift att främja hållbar tillväxt i Sverige genom finansiering av behovsmotiverad forskning och utveckling av effektiva innovationssystem.²³ Vinnova har fått särskilda medel för att stötta uppbyggnaden av och utbyte av kompetens kring upphandling av innovationer.²⁴ I uppdraget ligger också att samla metoder och erfarenheter, som komplement till det ordinarie upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet. För detta ändamål fick Vinnova 24 miljoner kronor under 2011 och myndigheten får därefter 9 miljoner kronor årligen.²⁵ Vinnovas arbete är framförallt inriktat mot behovsfasen, t.ex. stöd för behovsidentifiering och för framtagande av underlag. Det finns också vissa möjligheter för myndigheter att få finansiering av kostnaden för genomförandet av ett kontrakt.

Vinnova har också fått ett särskilt uppdrag kring innovationer som avser miljöteknik. Det ska genomföras tillsammans med Statens Energimyndighet.²⁶ Trafikverket har i sin tur fått i uppdrag att analysera hur och i vilka delar verket kan använda sig av innovationsupphandling för att driva på utvecklingen mot mer hållbara

²² Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet har tagit fram en vägledning; *Att främja nytänkande – vägledning för innovationsvänlig upphandling*, 2012:2. Skriften innehåller råd och stöd för hur upphandlande myndigheter kan gå till väga för att inte utesluta nya lösningar och tar tillvara konkurrenskraften i näringslivet. Vägledningen riktar sig både till beslutsfattare i myndigheter och till upphandlare.

²³ 1 § förordning (2009:1101) med instruktion för Verket för innovationssystem. Med innovationssystem avses enligt förordningen, nätverk av offentliga och privata aktörer där ny teknik och kunskap produceras, sprids och används.

²⁴ Budgetprop. 2011/12:1, utgiftsområde 24, s. 63.

²⁵ Dessa siffror kan jämföras med de medel som Kammarkollegiets upphandlingsstöd förfogar över, drygt 13 miljoner 2012 för vägledning och stöd avseende upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader samt drygt 2 miljoner kronor för vägledning och stöd för upphandling av vård och omsorg. Den sista summan inkluderar även drift och utveckling av valfrihetswebben. Se Upphandlingsstödsutredningens betänkande SOU 2012:32, s. 288.

²⁶ Regeringsbeslut den 19 april 2012, N2012/2145/E.

transporter. Trafikverket ska samråda med Vinnova vid genomförandet.²⁷

I en särskild rapport med syfte att analysera behovet av mera forskningsbaserad kunskap och kompetens på området innovationer framkom bl.a. betydelsen av att öka förståelsen för tjänsteinnovationer, av förekomsten av mötesplatser mellan forskning och praktik, av att öka kunskaperna kring hur innovationsarbete organiseras och bedrivs samt ett allmänt behov av att öka kunskapen och kompetensen kring slutanvändarnas behov.²⁸

MSR ansvarar för ett projekt som finansieras av Nordiska ministerrådet med syfte att samla och förmedla erfarenheter av innovativ hållbar upphandling.²⁹ I det arbetet har MSR särskilt uppmärksammat transformativa lösningar som speciellt intressanta att beakta.

Nordiska Rådet stöder även annan verksamhet av innovationskaraktär. Som exempel kan nämnas samarbete inom ramen för Nordic Innovation mellan sjukvårdsenheter i olika nordiska länder kring innovativ upphandling av sjukvårdsutrustning samt utbildning av personal för att utveckla mer innovativa upphandlingsprocesser. Erfarenheterna inom denna verksamhet torde med fördel kunna utnyttjas även utanför hälsosektorn.

Närmare om transformativa lösningar

Genom att efterfråga transformativa lösningar kan det offentliga bidra till att ambitiösa hållbarhetsmål uppnås och att företag som erbjuder sådana lösningar kan utveckla en marknad, även internationellt. Transformativa lösningar representerar inte ett nytt upphandlingsförfarande i sig, snarare ett nytt sätt att se på innovationer, både vad gäller behov, teknik och organisation.

Som vid allt nytänkande finns det egentligen ingen enkel mall för hur man går till väga i det enskilda fallet, även om några principer kan identifieras. Utgångspunkten är en djupgående behovsanalys – som tydliggör verksamhetens utveckling på några års sikt – kopplad till en grundlig marknadsanalys. I bedömningen ingår hur förutsättningarna ser ut både för tekniksprång eller hur verksam-

²⁷ Regeringsbeslut den 19 april 2012, N2012/1991/TE.

²⁸ Horlin, Arvidsson, Hjorth och Ljung, *Tjänsteinnovationer i offentlig upphandling – Behov av forskningsbaserad kunskap och kompetens*, Vinnova Rapport VR 2011:12.

²⁹ Project 5: Working together on green procurement in the public sector, www.norden.org/greengrowth.

heten kan organiseras på ett för energi- och resursanvändningen långt mera effektivt sätt. Ett konkret exempel består i att delvis ersätta fysiska möten och konferenser – ofta baserat på omfattande resande – med virtuella möten.

Skillnaden mot traditionell upphandling ligger framför allt i det betydande mått av nytänkande som måste till samt att marknadsanalysen går bortom nuvarande leverantörer och branscher. Analyserna måste – för att kunna fånga transformativa lösningar – vara både djupare och bredare än vid en traditionell upphandling.

Transformativa lösningar kan sägas vara en form av tjänsteinnovationer där målet i första hand är att bidra till en väsentligt lägre energi- och resursanvändning. Enligt den definition som utredningen valt att anamma bör miljöpåverkan eller resursanvändningen reduceras med en faktor 5 (minskning med 80 procent) eller mer jämfört med traditionell teknik. Den avsevärt lägre påverkan på miljö- och resursbasen som blir följderna förväntas bidra till utvecklingen av mer hållbara affärsmodeller, där en förhoppning är att lösningarna ska exporteras till andra delar av världen.

I vissa fall kan transformativa lösningar till och med vända problem till lösningar. Ett exempel är nollenergihus, som kan bli nettoleverantörer av el, som kontrast till konventionella byggnader, vars el- och värmebehov ofta leder till stora CO₂-utsläpp. Transformativa lösningar bygger ofta på en digital underliggande infrastruktur, vilket som regel är en förutsättning för möjligheterna till dematerialisering och/eller långtgående resurseffektivisering. Målet i ett projekt eller enskild upphandling behöver inte vara på en exakt nivå utan arbetet kan också fokuseras på lösningar som *bidrar* till att skiften sker.³⁰

Av beskrivningen framgår att det ställs omfattande krav på kompetensen hos den eller dem som ska genomföra en upphandling med inslag av transformativa element. Det innebär också att det måste finnas stöd och förståelse i organisationen.

³⁰ Se vidare t.ex. Aho, E, Cornu, J, Georghio, L, Subira, A, *Creating an Innovative Europe*. Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation, Hampton Court Summit. January 2006.

Några exempel

Utredningen har identifierat att transformativa lösningar har potential på ett flertal områden.

- **Mobilitet:** I stället för att primärt stödja pendling till arbetsplatsen genom transporter med bränslesnålare fordon eller kollektivtrafik även möjliggöra arbete från valfri plats med hjälp av avancerad informations- och kommunikationsteknik.
- **Möten:** I stället för att verksamheten främst bärs upp av fysiska möten och konferenser, med utnyttjande av t.ex. mer bränsleeffektiva flygtransporter, också öppna för virtuella möten, t.ex. videokonferenser.
- **Boende:** Fokus flyttas från enbart bättre isolerade hus med mer energieffektiv utrustning till att även inkludera passiva hus som är nettoproducenter av el.
- **Läsande:** Gå från återvunnet och miljömärkt papper till att också inkludera läsning av rapporter, interna arbetspapper, tidningar eller böcker med hjälp av digitala medier, som läsplattor.
- **Från produkter till leasing/hyra:** Fokus flyttas från att inhandla varor av olika slag – som vitvaror, elektronisk utrustning, fordon, mattor och vissa textilier etc. – till leasing eller hyra. Ett sådant förfarande innebär att affärsmodellerna förändras – från intäkter på försäljning av produkter till intäkter från hyra och leasing. En konsekvens väntas bl.a. bli att produkterna får längre livslängd och att materialen i produkterna blir lättare att återvinna och återanvända.
- **Kommunikationer:** Fokus breddas från att främst jämföra investeringar i väg alternativt järnväg till att också inkludera utbyggd IT-infrastruktur.

Exempel på hur en behovsanalys inför en transformativ lösning kan gå till:

Utgångspunkten är att det föreligger ett behov av att flytta ett eller flera föremål från en punkt till en annan. Det kan till exempel gälla att få böcker eller kataloger levererade från ett centrallager till en arbetsplats.

Vid en första anblick förefaller behovet omfatta ett transportmedel, dvs. upphandling av en bil eller lastbil. Vid en djupare analys har man urskilt att det är fråga om att leverera vissa produkter från en plats till en annan, vilket skulle leda till upphandling av en transporttjänst i stället för en lastbil. Man skulle också kunna tänka sig att katalogerna eller böckerna trycks nära beställaren, dvs. print on demand, alternativt att det går att samköra med andra varor som ska till samma plats, vilket leder till energi- och miljövinster. Enligt det transformativa angreppssättet ska dock analysen fördjupas ytterligare. Nästa steg kan visa att det egentligen saknas ett absolut behov av fysisk tillgång till de enskilda katalogerna eller böckerna. Behovet består i realiteten av att få tillgång till en viss tjänst eller service. Tjänsten – dvs. att hålla informationen tillgänglig – kan tillhandahållas digitalt utan vare sig transporter eller tryckning av kataloger eller böcker. Vinsterna i form av lägre resursförbrukning och miljöpåverkan blir därmed betydande.

En pilotstudie med Statens inköpscentral om upphandling av transformativa lösningar

Upphandlingsutredningen har tagit initiativ till en pilotstudie – i nära samarbete med Statens Inköpscentral (SIC) och Sveriges Tekniska Forskningsinstitut (SP) – i syfte att praktiskt prova upphandling av transformativa lösningar, bland annat förutsättningarna att inom olika områden gå från att upphandla produkter till att upphandla tjänster.

Projektet startade med en behovsstudie för att få fram ett lämpligt ramavtalsområde. Det gällde att identifiera områden som låg väl till i tiden för upphandling och därtill relativt enkelt kunde illustrera hur en transformativ lösning kan se ut. Två områden valdes preliminärt ut: profil/presentartiklar samt mobilitet. Valet av profilartiklar betingades av att en förändrad inriktning är relativt enkel att

genomföra. Området innehåller visserligen inga stora miljö- och resursvinster men ger tillfälle för en myndighet att demonstrera en tydlig ambition på hållbarhetsområdet. Mobilitet valdes därför att det har stor potential både ekonomiskt och ekologiskt; därtill finns stora möjligheter att sprida eventuella lösningar på export.

Av flera skäl kom piloten starta med profil och presentartiklar. Avsikten är att i nästa steg analysera förutsättningarna inom området mobilitet. SIC tog i en förstudie sikte på hur ett skifte från profilartiklar till profiltjänster kan genomföras. Den tänkta lösningen består i att fokus flyttas från att primärt ge bort fysiska ting, som pennor, väskor, paraplyer etc. till förmån för smarta tjänster och service såsom t.ex. e-böcker, appar, ringtoner, upplevelser etc.

En enkät skickades ut till myndigheter och relevanta företag för att bl.a. ta reda på branschens och myndigheternas syn på transformativa lösningar. Dialogmöten genomfördes med en referensgrupp bestående av elva myndigheter samt presumtiva leverantörer. Leverantörerna var generellt positiva till upplägget och flera sade sig vara redo att leverera efterfrågade lösningar. Det antydde dock samtidigt att intresset hos myndigheterna sannolikt skulle komma att vara lågt. Leverantörerna menade att många myndigheter ofta säger sig vara intresserade av miljöanpassade lösningar inledningsvis, men att miljöaspekterna inte väger lika tungt vid anskaffningstillfället. För alternativ som skulle kräva förändringar i affärsmodellen, t.ex. försäljning av mobila applikationer, fanns därför tveksamhet bland leverantörerna – både i förhållande till det förväntade intresset men även vad avser möjligheterna att uppnå lönsamhet, inte minst vid tillhandahållandet av applikationer, s.k. appar.

De myndigheter som deltog i referensgruppen var i stort sett positiva till förslaget. Samtidigt betonades att en övergång till transformativa lösningar förutsätter beslut tidigt i processen. Eftersom profil- och presentartiklar som regel omfattar små kostnader blir de sällan föremål för beslut i myndighetens ledning. Det underströks att en förändrad policy sannolikt kräver ett strategiskt beslut av ledningen inom respektive myndighet.

SIC har påbörjat upphandlingen för profil- och presentartiklar, med sikte på att utnyttja transformativa lösningar. Enligt tidplanen behöver ett nytt ramavtal vara klart redan den 30 juni 2013. Den korta tiden fram till avtalet kan komma att innebära att upphandlingen delas upp och den transformativa delen senareläggs något.

Det kan noteras att pilotprojektet har väckt intresse även utanför Sveriges gränser. Flera länder har anmält intresse att delta i projekt eller bli delaktiga i resultaten. Såväl indiska regeringen – genom finans- och miljödepartementen – som det Indiska Industrieförbundet (CII) har beslutat initiera motsvarande pilotprojekt i Indien. Tanken är att initiera ett nära samarbete mellan länderna kring upplägg och resultat.

Upphandlingsutredningen ser sammantaget mycket positivt på pilotprojektet och ser med spänning fram emot att ta del av resultatet. Utredningens förhoppning är att projektet kommer att visa på betydelsen av en utveckling mot transformativa lösningar med avseende på myndigheternas ekonomi samt även verksamheternas energi, resurs och miljöpåverkan. Samarbetet med Indien är extra spännande och löftesrikt och kan på sikt erbjuda goda möjligheter för svenska företag.

7.3.6 Överväganden och förslag

Upphandlingsutredningens förslag:

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet ska, i dialog med berörda myndigheter och marknadsaktörer, identifiera områden där behovet av transformativa lösningar är särskilt stort och där det offentliga kan antas lämna viktiga bidrag. Upphandling ska därefter genomföras inom ramen för inköpscentralens verksamhet.

Det samordnade upphandlingsstödet får i uppdrag att organisera olika samarbetskluster med deltagare från både upphandlande myndigheter och leverantörer i syfte att främja transformativa lösningar i offentlig upphandling. Internationellt samarbete ska eftersträvas.

Det bör också initieras ett samarbete på nordisk nivå för att dra fördelar av den nya möjligheten till samarbete över gränserna, som aktualiseras i förslagen till nya upphandlingsdirektiv, för att på så sätt dra nytta av en större marknad och möjligheter att sprida risker.

Det samordnade upphandlingsstödet får i uppdrag att samla och sprida erfarenheterna av att använda transformativa lösningar vid offentlig upphandling.

Utredningen har funnit att upphandling av transformativa lösningar kan utgöra ett mycket intressant verktyg för att utnyttja den offentliga sektorns kraft på marknaden i arbetet för en hållbar utveckling. Utredningen bedömer att en sådan inriktning rimmar väl med det stora intresse av att utveckla innovativa lösningar inom offentlig sektor som uttalats, inte minst av regeringen.

Att eftersträva transformativa lösningar i samband med offentlig upphandling ställer emellertid stora krav på den upphandlade myndighetens organisation och kompetens. I det följande utgår utredningen därför från tre grundfrågor.

- Hur kan stödet för upphandling av transformativa lösningar utvecklas?
- Hur kan samarbetet mellan offentliga myndigheter och företagsamheten utvecklas för att nå fram till mer hållbara lösningar?
- Hur kan upphandlande myndigheter och enheter vara föregångare och förebilder i dessa sammanhang istället för att, som i dag, riskera låsa fast marknaden vid gamla tekniklösningar?

Transformativa lösningar förutsätter därutöver ett mer flexibelt regelverk, där förhandling och dialog mellan parterna är en självklarhet. Upphandlingsutredningen välkomnar därför direktivförslagets utökade förhandlingsmöjligheter och det nya förfarandet innovationspartnerskap.

Ledningens stöd

En prioritering av transformativa lösningar ställer stora krav på den upphandlande myndighetens eller enhetens organisation. Ledningen måste ge sitt tydliga stöd till nytänkande i allmänhet. Den bör också ansvara för att ta fram en övergripande strategi som innehåller långsiktiga mål, om vilka varor och tjänster som ska upphandlas – bl.a. inkluderande potentialen för transformativa lösningar – samt styrdokument och riktlinjer för hur upphandlingsfunktionen ska vara organiserad. Det är också ledningens uppgift att se till att upphandlingsorganisationen har nödvändig kommersiell, teknisk och juridisk kompetens m.m. för att kunna genomföra upphandlingar av transformativa lösningar. Större myndigheter och organisationer har möjlighet att bygga upp egen, intern kompetens

för dessa ändamål medan mindre myndigheter självklart behöver samarbeta för att kunna överväga denna typ av upphandlingar.³¹

Upphandlingsutredningen anser att statliga myndigheter bör kunna styras mot att eftersträva transformativa lösningar inom sina respektive upphandlingar. Noteras bör att de myndigheter som deltagit i diskussionerna kring det ovan redovisade pilotprojektet gett klara uttryck för uppfattningen att det inom flera områden finns goda möjligheter att upphandla ramavtal som omfattar transformativa lösningar. Upphandlingsutredningen föreslår att regleringsbrevet till Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiet ska innehålla tydliga skrivningar om vikten av att eftersträva/överväga transformativa lösningar.

Proaktiv i stället för reaktiv – nytänkande

I dag präglas offentlig upphandling ofta av en kultur där nytänkande anses utmanande och behäftat med risktagande. Det utrymme för förhandling och dialog som finns används som regel inte. Risken för att en upphandling kan bli överprövad har lett till att många upphandlingar kännetecknas av konventionella val för att vara på den säkra sidan. I övergripande policydokument identifieras ofta innovationer som något viktigt, men i praktiken är upphandlingarna sällan innovativa, och det som kallas för innovation fokuserar huvudsakligen på marginella förbättringar inom nuvarande system och teknik.

Transformativa lösningar har en mångdubbelt stor potential att bidra till en långsiktigt hållbar utveckling jämfört med den traditionella miljöanpassade upphandlingen. Lösningarna ställer emellertid krav på att organisationen är tillåtande och att nytänkande och långsiktighet premieras.

Den goda affären som målsättning innebär enligt utredningens tolkning att offentliga myndigheter föregår med gott exempel och noga beaktar möjligheterna att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamheternas behov. Korta ledtider, kombinerade med ett snävt mandat, riskerar leda till att upphandlingarna inte orkar upp ur gamla hjulspår. Transformativa lösningar förutsätter ett mera långsiktigt perspektiv och att myndigheten tillåter sig att förutsättningslöst pröva olika alternativa vägar för att möta

³¹ Se också kapitel 3 i allmänhet och avsnitt 3.3 i synnerhet, vari utredningen för diskussion rörande den strategiska betydelsen av offentlig upphandling och ledningens funktion.

ett visst behov. Ett mer proaktivt agerande ställer vidare höga krav på att medarbetarna har nödvändig kompetens. I avsnitt 3.6 redogörs för den satsning på kompetenshöjande åtgärder som utredningen menar måste till för att uppnå den goda affären.

Stöd från myndigheter

I dag är ansvaret för innovationsupphandling delat på två olika myndigheter. Vinnova ansvarar för upphandling av innovationer och Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, för innovationsvänlig upphandling. Vinnova har särskilt kunnande i frågan och ”innovationskraft i offentlig verksamhet” är ett av Vinnovas strategiska områden. Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet lämnar kvalificerat stöd till myndigheter i upphandlingsfrågor rent generellt, innovationsvänlig upphandling är ett av momenten.

Det är den upphandlande myndighetens eller enhetens behov, och inte upphandlingsformen, som styr anskaffningen. Först när behovs- och marknadsanalysen är genomförd är det aktuellt att överväga upphandlingsförfarande. Om behovsanalysen – där myndigheten kan ta råd och hjälp både av Vinnova och av Upphandlingsstödet – mynnar ut i en upphandling av innovationer kan myndigheten vända sig till Vinnova. Är det däremot en s.k. innovationsvänlig upphandling³² ansvarar Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet för eventuell vägledning.

Många myndigheter har under hand framfört att de upplever gränsdragningen mellan innovationsupphandling och innovationsvänlig upphandling som oklar vilket i sin tur leder till att uppgiftsfördelningen mellan Vinnova och Upphandlingsstödet uppfattas som oklar. Frågan kompliceras av förslaget om transformativa lösningar, som kan bli resultatet av såväl en upphandling av innovationer som av en innovationsvänlig upphandling. Den fråga som inställer sig är således hur ansvarsfördelningen mellan Upphandlingsstödet och Vinnova lämpligen ska se ut.

Upphandling av innovativa lösningar är inget nytt koncept. Det finns många exempel historiskt där myndigheter och affärsdrivande verk handlat upp ny teknik och smarta lösningar, till gagn för samhället och även för de företag som berörts. Televerkets samarbete

³² Innovationsvänlig upphandling innebär att i enskilda upphandlingar inte utestänga nya eller alternativa lösningar utan i stället beakta vad marknaden har att erbjuda.

med Ericsson är ett exempel. SJ:s samarbete med dåvarande ABB och Kalmar Verkstad ett annat.

Utredningen har rent generellt ställt sig bakom förslaget om ett samlat upphandlingsstöd. Vad gäller stöd och vägledning inom området innovationer finns dock goda skäl att utöver Upphandlingsstödet verksamhet även dra nytta av den speciella kompetens som Vinnova besitter.

Vinnova har, som tidigare nämnts, som uppgift att stärka Sveriges innovationskraft för hållbar tillväxt och samhällsnytta. Myndigheten delar ut stöd till forskning och utveckling inom ett stort antal centrala områden och arbetar aktivt för att stimulera framväxten av lösningar på olika samhällsproblem, bl.a. på temat Utmaningsdriven Innovation – ofta med globala kopplingar. Det är därför helt naturligt att även framgent ge Vinnova en viktig roll vad gäller att stimulera innovativa lösningar inom offentlig upphandling. Utredningen ser också mycket positivt på det samarbete som nyligen initierats mellan Vinnova och Upphandlingsstödet och som bl.a. har visat sig i gemensamma informationsinsatser.

Samverkan

De främsta experterna på innovativa lösningar finns inom forskarsamhället och näringslivet. De transformativa lösningarna måste utvecklas eller upptäckas i samarbete med marknadens aktörer. Ska transformativa lösningar bli mera vanligt förekommande måste dialog och samverkan ske i ökad grad. De myndigheter som har till uppgift att verka för att främja innovationer bör självklart delta i ett sådant arbete.

Det eftersträvade samarbetet kan lämpligen organiseras i form av arbetsgrupper utifrån olika behovsområden respektive funktioner. Ett område föreslås vara hållbart byggande, ett annat rekommenderas vara hållbara livsmedel, ett tredje mobilitet och infrastruktur, ett fjärde effektivare energianvändning. En sådan indelning gör att det blir möjligt att samla spetskompetens inom varje område. Syftet med arbetet i grupperna ska vara att identifiera exempel där transformativa lösningar har stor potential, vilka offentliga organ som kan vara mogna att efterfråga dem och även ge förslag till hur organisationerna kan arbeta i reella upphandlingar. Det statliga upphandlingsstödet bör ges en koordinerande roll i ett sådant arbete.

Men här kan också Vinnova bidra med erfarenheter och kompetens.

Det bör också initieras ett samarbete på nordisk nivå för att dra fördelar av den nya möjligheten till samverkan över gränserna, som aktualiseras i förslagen till nya upphandlingsdirektiv. På så sätt kan upphandlande myndigheter, enheter och företag dra nytta av en större marknad och får möjligheter att sprida risker samtidigt som erfarenheter kan utbytas och goda exempel delas.

Samla och sprida goda exempel av transformativa lösningar

Ett sätt att öka nytänkande i offentlig upphandling är att sprida goda exempel. Det breddade statliga upphandlingsstödet bör samla exempel och medverka till att kännedomen ökar om transformativa lösningar. Andra myndigheter kan bidra. Vinnova kan t.ex. bidra med s.k. aktionsforskare. Med det menas en person som följer ett projekt och löpande dokumenterar positiva och negativa händelser. På så sätt kan man bygga en detaljerad öppen bästa praxis.

7.4 Offentlig upphandling ur ett livscykelperspektiv – ett sätt att både minska kostnaderna och främja miljön

7.4.1 Inledning

Det har länge funnits en tendens i offentlig upphandling att fokusera på en produkts inköpspris trots att många gånger drift- och underhållskostnader utgör väl så stora kostnadsposter i myndighetens budget. Detta ofta dominerande synsätt kan medföra onödigt höga kostnader för den offentliga sektorn. Det finns t.ex. fortfarande en allmän uppfattning att miljöanpassade eller energieffektiva produkter generellt sett är dyrare än konventionella produkter. Men ett högre inköpspris kan i ett totalkostnads- eller livscykelperspektiv löna sig genom lägre drift- och underhållskostnader samt längre livslängd, det visar inte minst den tidigare forskningsgenomgången i kapitel 6. Endast genom att redan i upphandlingsskedet se till både kostnaderna för själva inköpet och kostnaderna för att använda, driva och underhålla en produkt är det möjligt att identifiera det sammantaget ekonomiskt mest fördel-

aktiga alternativet, med den lägsta kostnaden under produktens livscykel.

Inom området miljöanpassad upphandling kan detta resonemang utvecklas ytterligare. Som utredningen tidigare konstaterat kan nämligen en myndighet genom att anlägga ett livscykelperspektiv på sin anskaffning av vissa produkter både spara pengar och minska miljöbelastningen, dvs. generera s.k. vinna-vinna lösningar. Därvid är det intressant att förslagen till reviderade upphandlingsdirektiv – både för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna – innehåller tydliga bestämmelser som underlättar för upphandlande myndigheter och enheter att ta hänsyn till livscykelkostnader.³³ Bestämmelserna är införda i den del av direktiven som rör tilldelningen av kontrakt. Mer precist innebär de föreslagna reglerna att tilldelningsgrunden lägsta pris ersätts med lägsta kostnad³⁴, som explicit syftar på möjligheten att beakta livscykelkostnader.³⁵ Kommissionen anger att utvecklingen och användningen av metoder för livscykelkostnader på europeisk nivå ska främjas som ett ytterligare stöd för att kunna utnyttja den offentliga upphandlingen i arbetet för att främja en hållbar tillväxt.³⁶

Trots de ekonomiska och miljömässiga vinster som uppenbarligen finns att hämta genom att anlägga ett livscykelkostnads-perspektiv på anskaffningen av varor och tjänster kan utredningen konstatera att en stor del av upphandlande myndigheter och enheter inte gör detta. Enligt den tidigare refererade undersökningen från Naturvårdsverket var det 2010 ungefär hälften av myndigheterna som angav att de inte använde sig av totalkostnads- eller livscykelkostnadsberäkningar i sina upphandlingar.

Frågan är varför myndigheterna inte i större utsträckning beaktar ett längre tidsperspektiv när de anskaffar varor och tjänster? Vilka är hindren för att öka användningen av totalkostnadsalternativt livscykelkostnadsberäkningar i offentlig upphandling?

³³ Utredningens redogörelse och förslag baseras på Konkurrenkrådets överenskommelse från den 10–11 december 2012 avseende det klassiska upphandlingsdirektivet och motsvarande överenskommelse från samma datum avseende försörjningsdirektivet. Utredningen har även beaktat det betänkande som Europaparlamentets ansvariga utskott för inre marknads- och konsumentfrågor (IMCO) lämnat, daterat den 11 januari 2013 med anledning av det klassiska direktivförslaget samt IMCO:s betänkande från den 7 februari 2013 med anledning av direktivförslaget för försörjningssektorerna.

³⁴ Möjligheten att tilldela anbud enligt lägsta pris utesluts dock inte. Se längre fram i detta avsnitt.

³⁵ I sammanhanget ska det noteras att den aktuella bestämmelsen var föremål för förhandlingar när betänkandet gick i tryck.

³⁶ Skäl 39 i det klassiska direktivförslaget samt skäl 39 g i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

Hur kan utvecklingen på området främjas så att dessa möjligheter utnyttjas i större utsträckning för att både reducera kostnaderna och minska belastningen på miljön? Detta är frågor som diskuteras i det här avsnittet, som har följande disposition. Först redovisas helt kort vad utredningen skrev i delbetänkandet rörande livscykelkostnader och remissinstansernas synpunkter på detta. I avsnittet därefter definieras närmare vad som menas med livscykelkostnader och ekonomiska faktorer av betydelse att beakta när dessa kostnader ska beräknas. Efter det följer en redogörelse för de nya direktivförslagets bestämmelser om livscykelkostnader. I anslutning till detta beskrivs MSR:s insatser för att främja användningen av livscykelkostnadsperspektiv i offentlig upphandling och hur organisationen ser på förslagen till nya upphandlingsdirektiv som rör detta. Avsnittet avslutas med en diskussion om vilka möjligheter det finns att öka användningen av livscykelkostnader i svensk offentlig upphandling samt utredningens förslag.

7.4.2 Delbetänkandet och remissinstanserna

I delbetänkandet framhöll utredningen vikten av att kunna välja varor och tjänster vars miljöpåverkan är lägst ur ett livscykelperspektiv. Utredningen uppmanade EU-kommissionen, genom sitt bidrag till den svenska regeringens svar med anledning av grönboken, att utveckla och precisera möjligheterna att i samband med en upphandling göra en helhetsbedömning av olika produkter och tjänsters hållbarhetsprestanda, t.ex. genom en livscykelanalys. Remissinstanserna konstaterade att livscykelanalyser kan vara svåra att använda sig av, men såg generellt positivt på att utredningen avsåg att följa utvecklingen på området. Flera instanser menade att det behövs mer vägledning. Företrädare för näringslivet gav uttryck för uppfattningen att livscykelanalyser kan ske endast i begränsad omfattning. Den övervägande andelen remissinstanser uppgav dock att ett livscykelperspektiv utgör en viktig del av bedömningen av varor och tjänster vid en upphandling.

7.4.3 Vad menas med livscykelkostnader och hur kan de beräknas?

De nya direktiven öppnar således upp möjligheterna för upphandlande myndigheter och enheter att anlägga ett livscykelkostnads-perspektiv på sin anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader. En första fråga att besvara är vad som egentligen menas med att anlägga ett livscykelkostnads-perspektiv. Det visar sig, inte oväntat, att frågan är komplicerad – inte minst på grund av hanteringen av s.k. externa kostnader, dvs. icke-monetära kostnader, som genereras i samband med en upphandlad vara eller tjänst.

Vid en första anblick kan det anses okomplicerat. Det handlar om att myndigheten, innan anskaffningen görs, noga analyserar vilka kostnader som inköpet kommer att generera under produktens livslängd. Dessa kommer givetvis att variera beroende på vilken typ av vara eller tjänst det rör sig om (som till exempel en ny motorväg eller en uppsättning blyertspennor till grundskolan), vilken tids-horisont som anläggs samt, sist men inte minst, om för myndig-heten externa kostnader tas med i beräkningen eller inte.

Livscykelkostnader – ett enkelt exempel

För att exemplifiera vilka olika kostnader som ingår i en livs-cykelkostnadsanalys och några av de mer centrala överväganden som måste göras, antar utredningen att en upphandlande myndighet, en kommun, är i färd med att upphandla en ny traktor. Den ska användas vid skötseln av kommunens parker och grönytor. Förutsättningen är att parkförvaltningen drivs i kommunens egen regi. De kostnader som denna anskaffning kommer att generera är typiskt sett:

Investeringskostnaden för traktorn, dvs. vad den kostar att köpa in eller priset. Det förtjänar att påpekas att priset typiskt sätt inkluderar råvarukostnader, tillverkningskostnader, distributions- och marknadsföringskostnader, skatter samt leveran-törens vinst. I det fall produkten ifråga omfattas av ett pro-ducentsansvar inkluderar priset även producentens kostnader för att ta hand om traktorn när den tjänat ut.

Drivmedelskostnaden för att använda traktorn i parkförvalt-ningen. Denna kostnad beror i sin tur på faktorer som hur mycket traktorn används, hur mycket drivmedel som den drar, priset på dessa drivmedel samt hur många år som kommunen avser att bruka traktorn innan den anses vara uttjänt och måste ersättas.

De underhållskostnader som uppstår då traktorn ska servas enligt tillverkarens rekommendationer etc. I denna kostnads-post kan också inkluderas eventuella reparationskostnader. Eventuella kostnader för skrotning när traktorn tjänat ur. Som nämndes i den första punkten kan denna kostnad redan vara inbakad i anskaffningspriset. Men det kan också vara så att traktorn säljs vidare på begagnatmarknaden, vilket innebär en intäkt, i stället för en kostnad, för kommunen.

Gemensamt för dessa kostnadsposter är att de alla är interna för kommunen i meningen att det är kostnader som kommunen de facto måste betala från det att traktorn köps in tills det att den avyttras eller skrotas. Externa kostnader i form av miljöskadliga utsläpp, buller etc. som traktorn ger upphov till när den brukas har inte beaktats i denna sammanställning. I sin mest basala form är sålunda livscykelkostnaden summan av de fyra kostnadsposterna ovan. Från ett strikt ekonomiskt perspektiv bör kommunen välja det alternativ som ger den lägsta livscykelkostnaden. Detta kan emellertid göras på flera olika sätt, vilket illustreras i det följande avsnittet.

Anbudsutvärdering med avseende på livscykelkostnader

Det kanske mest direkta sättet att beakta livscykelkostnader i exemplet ovan är att jämföra totalkostnaden för olika anbud som lämnats i en upphandling av traktorer. Den upphandlande myndigheten har då redan bestämt sig för att genomföra parkförvaltningen i egen regi och upphandlingen avser den traktor som ger den totalt sett lägsta livscykelkostnaden, givet prestanda och annat som efterfrågas. Som framgår i nästa avsnitt är det primärt det här alternativet som de nya upphandlingsdirektiven öppnar för genom införandet av tilldelningsgrunden lägsta kostnad. För att kunna göra detta krävs att den upphandlande myndigheten tydligt specificerar de uppgifter som krävs av respektive leverantör för att den upphandlande myndigheten ska kunna beräkna kostnaden för de olika komponenterna.

Ett viktigt moment som tillkommer när livscykelkostnaden, i form av lägsta kostnad, ska ligga till grund för anbudsutvärderingen är att lägga samman de kostnader som uppstår initialt när traktorn köps in, dvs. priset, med de kostnader för drift och underhåll etc. som uppstår under de år som traktorn är i bruk. För att kunna göra

det måste den upphandlande myndigheten beräkna det diskonterade nuvärdet av dessa kostnader. Detta betyder att de framtida drift- och underhållskostnaderna måste diskonteras (räknas ned) för att kunna jämföras med traktorns inköpspris. Denna övning är i och för sig matematiskt helt okomplicerad.

Det som inte är lika okomplicerat är dock valet av s.k. diskonteringsränta, dvs. vilken ränta som ska ligga till grund för beräkningen av diskonterade nuvärden. Här finns det olika teorier. Valet av diskonteringsränta är betydelsefull eftersom det påverkar balansen mellan kostnader som uppstår tidigt i livscykeln, främst inköpspriset, och kostnader som uppstår längre fram. En hög diskonteringsränta ger kostnader längre fram i tiden en låg vikt i totalkostnaden och vice versa. Detta förhållande är viktigt när man jämför livscykelkostnader för produkter som skiljer sig åt vad gäller hållbarhet, energi- och bränsleförbrukning och underhållskostnader samt andrahandsvärde. Livscykelkostnadsanalyser kan emellertid ges en bredare innebörd än det förfarande som beskrivs i föregående. Vi ska här ge prov på två andra sätt: dels i valet mellan egen regi och entreprenad, dels i valet mellan en traditionell upphandling och s.k. Offentlig Privat Samverkan, OPS-lösningar. I ett tidigare avsnitt beskrivs transformativa lösningar som kort uttryckt är ett sätt att ha ett livscykelperspektiv genom nytänkande i behovsfasen. En redogörelse för transformativa lösningar finns i kapitel 7.3.

Egen regi kontra entreprenad

En annan tillämpning på att anlägga ett livscykelkostnadsperspektiv är valet mellan egen regi och entreprenad. Exempelvis kan och bör livscykelkostnaden för att köpa traktorn i det föregående exemplet (på det ekonomiskt mest fördelaktiga sättet) och sköta parkförvaltningen i egen regi jämföras med totalkostnaden för att upphandla tjänsten parkförvaltning i sin helhet på entreprenad. Som redan nämnts i kapitel 3 har det blivit allt vanligare att verksamheter som traditionellt bedrivits i egen regi upphandlas av externa utförare. Detta motiveras oftast med att det totalt sett bedöms bli billigare för de upphandlande myndigheterna. För att säkerställa att så blir fallet bör en livscykelkostnads kalkyl göras för respektive alternativ. I det förstnämnda fallet tillkommer då en kostnadspost i kalkylen, nämligen personalkostnaden för personalen som ska köra

traktorn. Denna ska adderas till de övriga kostnadsposterna. Totalkostnaden ska sedan jämföras med den kostnad som bedöms bli resultatet av att upphandla tjänsten. Den här typen av jämförelse måste med nödvändighet bli av indikativ karaktär och kommer endast att ge en fingervisning av vilket alternativ som är mest fördelaktigt.

Traditionell upphandling kontra offentlig privat samverkan

En annan tillämpning av livscykelkostnadsperspektivet som är relevant i vissa typer av upphandlingar är jämförelser mellan olika sätt att upphandla en tjänst. Mer precist handlar det om en jämförelse mellan en typ av upphandling där en tjänsts utförande delas upp i olika delar som upphandlas separat, kontra en upphandling där samtliga delar upphandlas som ett paket. Ett intressant exempel på detta är s.k. OPS-lösningar inom infrastruktursektorn.³⁷ Såväl byggande som drift och underhåll av vägar och järnvägar handlas sedan många år upp i konkurrens. Vägar och järnvägar är anläggningar med en potentiellt mycket lång livslängd. Traditionellt har emellertid byggande av dessa anläggningar upphandlats separat från drift och underhåll av desamma. Det innebär typiskt att det är olika parter som bygger vägen eller järnvägen, respektive driver och underhåller den. Ur ett livscykelperspektiv innebär detta att entreprenörerna har ett väsentligt kortare tidsperspektiv än den faktiska livslängden. Speciellt i byggnationsskedet kan detta ha negativa effekter eftersom entreprenören inte ges något incitament att konstruera vägen på ett sådant sätt att drift och underhållsinsatserna minimeras.

En annan central komponent i OPS är att denna upphandlingsform i regel har en betydande inslag av funktionsupphandling. Dessa båda komponenter, paketlösningen med livscykelinslag, och inslaget av funktionsupphandling, kombinerat med ersättning som i regel är fast, skapar en drivkraft hos utföraren att tänka i livscykelkostnadsbanor och bidra med nya och mer effektiva konstruktions- och drift och underhållsformer. Utredningen har saknat tid och resurser att närmare analysera OPS-alternativet. Många olika aspekter kommer in, bland annat på själva finansieringsfrågan. Utredningen vill dock med kraft understryka att OPS-lösningar har avsevärda fördelar ur livscykelkostnadssynpunkt.

³⁷ Se t.ex. Nilsson, *Nya vägar för infrastruktur: offentlig-privat samverkan*, SNS Förlag 2009.

Att inkludera externa kostnader

Hittills har resonemanget kring livscykel- eller totalkostnader uteslutande handlat om kostnader som direkt hamnar på den upphandlande myndigheten eller enheten. Många gånger ger dock produktionen eller konsumtionen av en vara eller tjänst upphov till negativa externa effekter som inte beaktas i en intern livscykelkostnadsanalys. Det kan handla om kostnader förknippade med t.ex. utsläpp av klimatpåverkande eller försurande ämnen alternativt buller och de skador på naturen och människors hälsa och framtida välfärd, som dessa utsläpp och störningsmoment bidrar till. Utifrån en monetär värdering av de externa effekterna, t.ex. i form av kostnader per kg utsläpp, kan kostnaderna beräknas och adderas till den upphandlande myndighetens interna kostnader. Om de externa kostnaderna beaktas kan de verkliga livscykelkostnaderna vara väsentligt högre än vad som framgår av den interna livscykelkostnaden. Annorlunda uttryckt överstiger den samhällsekonomiska kostnaden för den verksamhet som upphandlingen syftar till att möjliggöra myndighetens interna kostnader. Den centrala frågan är i vilken utsträckning och på vilket sätt de upphandlande myndigheterna eller enheterna ska beakta dessa externa kostnader i sina respektive upphandlingar, dvs. inkludera dem i livscykelkostnaden. Det är en fråga utan enkelt svar och den beror på ett flertal olika faktorer.

En faktor av central betydelse är i vilken utsträckning de externa effekterna som upphandlingen genererar beaktas på annat sätt, t.ex. genom skatter på drivmedel. Om den externa kostnaden redan är fullt ut inbakad i priset, finns det ingen anledning att addera externa kostnader till de interna kostnaderna. Att ta med dem i kalkylen skulle nämligen innebära att de räknas två gånger.

En annan faktor att beakta är i vilken utsträckning miljökrav i upphandlingen innebär att de externa effekter som genereras ligger på en samhällsekonomiskt optimal nivå. Syftet med att ställa miljökrav som innebär t.ex. lägre energiförbrukning är ju att den produktion och konsumtion som sker ska ge upphov till samhällsekonomiskt acceptabla utsläpp. Med väl avvägda miljökrav som innebär att de utsläpp som oundvikligen uppstår vid produktion och konsumtion ligger på en samhällsekonomiskt optimal nivå finns det heller ingen anledning att ta med de externa kostnaderna i beräkningen. Om däremot de externa effekterna inte fullt ut beaktas – vilket dessvärre är fallet i väldigt många sammanhang – kommer

saken i ett annat läge. Då finns det all anledning för den upphandlande myndigheten att inkludera de externa kostnaderna i totalkostnaderna för att finna det alternativ som ger upphov till den lägsta livscykelkostnaden.

En tredje faktor av betydelse är i vilken utsträckning alternativen, som den upphandlande myndigheten har att välja mellan, skiljer sig åt när det gäller nyttan som skapas genom upphandlingen såväl som kostnaderna som upphandlingen ger upphov till. Så här långt har diskussionen i mångt och mycket vilat på premissen att de alternativ den upphandlande myndigheten eller enheten har att välja mellan genererar samma nytta för myndigheten, brukarna eller vilken målgruppen nu är. I sådana sammanhang är det relevant att fokusera enbart på eventuella skillnader i kostnader mellan alternativen. Antagandet om konstant nytta kan dock ifrågasättas, t.ex. om valet står mellan att upphandla en ny väg en järnväg eller ett utbyggt bredband. Här kommer med största sannolikhet både livscykelkostnader och investeringens nyttsida att skilja sig åt. För att identifiera den mest lönsamma investeringen, den investering där skillnaden mellan nyttan och kostnaderna är som störst, måste både nyttan och kostnaderna beräknas. Detta är precis vad som görs i en samhällsekonomisk nytto- och kostnadskalkyl. Med andra ord, så kommer livscykelkostnadsperspektivet att vidgas i takt med att jämförelserna blir mer varierade och sammansatta för att till sist omvandlas till en samhällsekonomisk kalkyl.

Sammanfattningsvis blir analysen ofta komplicerad när externa kostnader ska beaktas i upphandlingssammanhang. Det innebär enligt Upphandlingsutredningen att upphandlande myndigheter och enheter i första hand bör koncentrera sig på att beakta de interna livscykel- eller totalkostnaderna. Att få fler myndigheter att göra detta är angeläget. Som regel fångas även vissa miljövinster upp i processen, inte minst i valet mellan energirelaterade produkter. Detta konstaterande innebär dock inte att de externa kostnaderna ska negligeras. För att göra rättvisande beräkningar krävs dock omfattande analytisk kompetens, något som många myndigheter saknar.³⁸ Utredningen förordar därför att det samordnade upphandlingsstödet får som en uppgift att bistå med beräkningar av externa effekter och att därvid ge prioritet åt områden – som investeringar i byggande och infrastruktur, inköp av energi och

³⁸ Det förtjänar att påpekas att flera myndigheter redan i dag regelmässigt beaktar externa kostnader i samband med upphandlingar, t.ex. Trafikverket.

transporter, energirelaterad utrustning, livsmedel, kemikalier och textilier – där de externa effekterna bedöms särskilt allvarliga.

7.4.4 De nya upphandlingsdirektiven om livscykelkostnader

Den nya tilldelningsgrunden lägsta kostnad förtydligar möjligheterna att anlägga ett livscykelperspektiv på anskaffningen

I förslagen till nya upphandlingsdirektiv – både för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna – finns bestämmelser om att upphandlande myndigheter och enheter kan ta hänsyn till livscykelkostnader. Liksom nu gällande direktiv finns två tilldelningsgrunder: antingen ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas eller så ska anbudet som har den lägsta *kostnaden* antas.³⁹ Tilldelningsgrunden lägsta pris har således kompletterats med lägsta kostnad. Möjligheten att beakta lägsta pris⁴⁰ har dock inte utgått. Det anges särskilt att när tilldelningsgrunden lägsta kostnad används är det möjligt att ha ett maximalt kostnadseffektivt förhållningssätt, t.ex. genom ett livscykelkostnadsperspektiv. Livscykel definieras i detta sammanhang som alla på varandra följande eller sammanhängande stadier, inklusive förvärv av råmaterial, produktion, försäljning, transport, användning, underhåll och kvittblivning under hela existensen av en vara, byggentreprenad eller tjänst.⁴¹ I sammanhanget ska det noteras att den aktuella bestämmelsen var föremål för förhandlingar när betänkandet gick i tryck.

Både interna och externa kostnader får beaktas

I direktiven ges en närmare exemplifiering av de hänsyn som får beaktas vid en livscykelkostnadsberäkning. Det handlar om interna kostnader för den upphandlande myndigheten eller andra användare, till exempel kostnader för anskaffning, kostnader för användning, såsom förbrukning av energi och andra resurser, underhållskost-

³⁹ Artikel 66.1 i det klassiska direktivförslaget respektive artikel 76.3 förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

⁴⁰ Det anges i artikel 66.1 i det klassiska direktivförslaget att ”Cost may be assessed, at the choice of the contracting authority, on the basis of the price only or using a cost-effectiveness approach, such as life-cycle costing under the conditions set out in Article 67.”

⁴¹ Artikel 2 (22) i det klassiska direktivförslaget respektive förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

nader samt kostnader för insamling och återvinning. Kostnader hänförliga till externa miljökostnader, som är direkt knutna till produkten, tjänsten eller byggtreprenaden under livscykeln, ska beaktas om kostnaden kan fastställas och verifieras i monetära termer. Några typer av externa kostnader är särskilt nämnda, såsom utsläpp av växthusgaser och andra förorenande utsläpp samt kostnader som syftar till att mildra effekterna av klimatförändringarna.⁴²

Krav på beräkningsmetod

I de fall en upphandlande myndighet eller enhet valt att använda ett livscykelkostnadsperspektiv måste det framgå av förfrågningsunderlaget vilka uppgifter som anbudsgivarna måste lämna och vilken metod för beräkning av livscykelkostnaden som kommer att användas. Den metod som används för att bedöma kostnader som hänför sig till externa miljökostnader ska uppfylla vissa villkor.⁴³ Metoden måste vara:

- baserad på objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier,
- ha fastställts för upprepad eller kontinuerlig tillämpning,
- vara tillgänglig för alla berörda aktörer, samt
- det måste vara möjligt, med rimliga ansträngningar av normalt omsorgsfulla ekonomiska aktörer (inbegripet t.ex. aktörer från tredjeland och EES- medlemmar), att ta del av de uppgifter som krävs.

När en gemensam metod för beräkningen av livscykelkostnader har gjorts obligatorisk genom en rättsakt av unionen, anger förslagen att den gemensamma metoden *ska* tillämpas för bedömning av kostnader som hänför sig till externa miljökostnader.⁴⁴ För närvarande föreligger det en sådan gemensamt framtagen standard,

⁴² Artikel 67.1 i det klassiska direktivförslaget. Artikel 77.1 i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

⁴³ Artikel 67.2 i det klassiska direktivförslaget samt artikel 77.2 i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

⁴⁴ Artikel 67.3 i det klassiska direktivförslaget. Sådana rättsakter ska också räknas upp i bilaga XV till det klassiska direktivet i takt med att de antas. Motsvarande artikel 77.3 i förslaget till reviderat försörjningsdirektiv.

nämligen för beräkning av CO₂-utsläpp för lätta fordon.⁴⁵ Direktivet innehåller också information om hur bränsleförbrukningen avseende lätta fordon ska beräknas. Direktivet har införts i svensk rätt genom lagen om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.⁴⁶

7.4.5 MSR:s arbete för att främja användningen av livscykelperspektiv i offentlig upphandling

I en rapport till utredningen har MSR kommenterat direktivförslagets bestämmelser om livscykelkostnader.⁴⁷ I rapporten beskrivs också MSR:s eget arbete på området, specifikt hur man kan motivera en ökad användning av sådana beräkningar och analyser i upphandlingssammanhang.

MSR har, sedan organisationen etablerades, strävat efter att påvisa fördelarna med att använda sig av ett livscykelperspektiv i upphandlingssammanhang. De upphandlingskriterier som MSR tar fram inkluderar därför ofta livscykelkostnadsmodeller där så är relevant. Det finns i dag färdiga kalkylverktyg inom produktområdena inomhus- och utomhusbelysning, personbilar, storkök, vitvaror samt s.k. vending- eller varuautomater. MSR har också tagit fram ett generellt kalkylverktyg som kan användas för att beräkna livscykelkostnader inom de flesta produktområden. De verktyg som MSR tagit fram omfattar dock inte de externa kostnaderna. MSR genomför utbildningar och publicerar därtill regelbundet goda exempel och annat informationsmaterial om livscykelkostnader.

Enligt MSR:s erfarenhet är det mest lämpligt att ta hänsyn till livscykelkostnaderna för produkter som förbrukar mycket energi, t.ex. belysning, kontorsprodukter och ventilation. Andra områden som är väl lämpade utgörs av byggande, städning och transporter.⁴⁸ Det finns, menar MSR, klara belägg för att ett livscykelkostnads-perspektiv kan medföra betydande besparingar för myndigheterna. MSR menar att deras generella kalkylverktyg lämpar sig bäst att använda i själva behovsanalysen, dvs. i planeringsfasen av en upp-

⁴⁵ Direktiv 2009/33/EG om främjandet av rena och effektiva vägtransportfordon, det s.k. ”Clean Vehicle”-direktivet.

⁴⁶ Lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.

⁴⁷ AB Svenska Miljöstyrningsrådet, *Metoder baserade på ett livscykelperspektiv och användning av LCC i offentlig upphandling*, Rapport 2012:6. Se bilaga 17.

⁴⁸ PriceWaterHouseCoopers, *Collection of Statistical information on Green Public Procurement in the EU – Report on data collection results*, Significant Ecofys, January 2009.

handling. Verktöget kan användas för en bättre planering av inköpen, exempelvis för att klargöra kostnadsskillnaden mellan leasing och inköp. Det kan också användas för att göra ett överslag på vad ett miljöanpassat alternativ kommer att kosta i jämförelse med en konventionell produkt. När livscykelkostnadsberäkningar används som ett utvärderingskriterium kan olika produkters prestanda jämföras mera exakt. MSR påpekar att det då blir fråga om ett komplement till de obligatoriska kraven och att det är viktigt att förfrågningsunderlaget på ett tydligt sätt beskriver vilka parametrar som ska ingå i beräkningen, vilken dokumentation som leverantören ska lämna samt vilka mätmetoder som kommer att tillämpas. De uppgifter som efterfrågas från leverantörerna måste också vara framtagna på ett standardiserat sätt för att möjliggöra en jämförelse. För exempelvis personbilar, varuautomater samt vitvaror finns standardiserade data som arbetats fram inom EU. Sådana data saknas dock för exempelvis viss storköksutrustning och tunga fordon. Denna brist försvårar möjligheterna att ta fram information om t.ex. driftkostnader.

MSR är mycket positiva till att EU-kommissionen i förslagen till nya upphandlingsdirektiv betonar vikten av att ha ett livscykelperspektiv i samband med offentlig upphandling. Det kommer, menar man, att leda till bättre förutsättningar att fokusera grön offentlig upphandling mot effektivare upphandlingar sett till minskad miljöpåverkan. MSR bedömer vidare att införandet av livscykelperspektivet kommer att leda till upphandlingar med generellt sett lägre totalkostnader och att skattemedel därmed används mer effektivt.

MSR menar likt med vad som framgår av refererade förslag till upphandlingsdirektiv, att en metod för livscykelanalys måste vara transparent, dvs. förfrågningsunderlaget måste specificera vilka uppgifter som ska uppges och hur uppgifterna kommer att jämföras vid utvärderingen. MSR bedömer att de verktyg som man tagit fram för olika produktgrupper uppfyller kraven i förslagen till nya upphandlingsdirektiv. MSR menar vidare att ett område som EU-kommissionen bör satsa på är att ta fram standarder för beräkning av bränsleförbrukning för tunga fordon. Vidare har MSR goda förhoppningar om att det arbete som pågår inom EU, med framtagande av en gemensam beräkningsmetod för produkters miljöavtryck, vilka inkluderar risker som kan förknippas med användning av farliga kemikalier, kommer att stärka arbetet för en framtida hållbar utveckling.

7.4.6 Utredningens överväganden och förslag

Utredningens förslag:

MSR (alternativt det samordnade upphandlingsstödet) ansvarar för att utveckla vägledningar om hur man beaktar livscykelkostnader i offentliga upphandlingar. I uppdraget ingår att identifiera produktområden, och utveckla särskilda vägledningar, där beaktande av externa kostnader är särskilt viktigt.

Utredningen kan konstatera att även om förslagen till nya upphandlingsdirektiv innehåller bestämmelser om hur upphandlande myndigheter kan använda ett livscykelperspektiv vid utvärderingen av anbud så är förändringen formellt sett marginell jämfört med dagens läge. Det har sedan länge varit möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att anlägga ett livscykelperspektiv på anskaffningen av varor och tjänster genom att använda tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En hel del myndigheter gör också så. Men ungefär hälften av myndigheterna avstår från detta och går därmed miste om de besparingar som kan göras. För dessa myndigheter innebär direktivförslagen att tydligheten ökar beträffande vikten av att tillämpa livscykeltänkande i samband med upphandlingen.

I det här avsnittet har Upphandlingsutredningen konstaterat att livscykelperspektivfrågan inom offentlig upphandling är mer komplicerad än vad man först kan tro, inte minst frågan om och hur externa kostnader ska beaktas eller inte. I de vägledningar och kalkylmodeller som i dag finns tillgängliga och som till stor del kommit fram genom MSR:s försorg, ingår inte externa kostnader.

Vad behöver då göras för att förmå myndigheterna att i större utsträckning beakta livscykelperspektivet på sin anskaffning? Utredningens bedömning är att det främsta hindret är att många upphandlande myndigheter och enheter är osäkra på vilka vinster som finns att hämta och att man inte riktigt vet hur man rent kalkylmässigt ska gå tillväga. Ett annat hinder är att myndigheternas budgethantering där kostnaderna för investeringar och drift- och underhållskostnader belastar olika konton, vilket riskerar leda till en suboptimering då helhetsperspektivet kan tappas bort. Huvudregeln för investeringar i nya vägar och järnvägar är finansiering via statsbudgeten. Det förhållandet brukar t.ex. ibland framhållas som ett problem att få till stånd OPS-lösningar. Alternativ finansiering

via t.ex. lån i Riksgälden innebär att kostnaderna för en stor investering mer tydligt fördelas på ett längre tidsperspektiv och kan sannolikt främja OPS-lösningar.

För att främja utvecklingen bör MSR eller det samordnade upphandlingsstödet (som inkluderar MSR:s kompetens) få i uppdrag att utveckla vägledningar för att beakta livscykelkostnader i offentliga upphandlingar. I uppdraget bör ingå att närmare reda ut i vilka situationer, och för vilka varor och tjänster det är relevant att beakta externa kostnader. Som redan nämnts bör fokus i första hand ligga på områden där de externa effekterna bedöms som extra stora, som byggande och infrastruktur, energi och transporter, energirelaterad utrustning, livsmedel, kemikalier och textilier. De erfarenheter och arbete som MSR genomfört kan lämpligen utgöra utgångspunkt i detta arbete.