

Upphandlingsutredningen

att: F.d regeringsrådet Leif Lindstam
Parkvägen 48

183 52 Täby

Stockholm 2004-12-01

Översyn av LOU, tjänsteupphandling samt regelverket för upphandlingar under tröskelvärdena

Med hänvisning till diskussionen vid möte med referensgruppen till Upphandlingsutredningen den 22 november 2004 översändes härmed kompletterande synpunkter främst avseende regelverket för upphandlingar under tröskelvärdena, dvs kap 6 i nuvarande LOU.

Allmänt om förutsättningarna för tjänsteupphandling

Sedan LOUs tillkomst 1994 har den offentliga upphandlingen undergått betydande förändringar. Tjänsteupphandlingen tenderar att bli alltmer komplicerad samtidigt som upphandlingen av varor överlag funnit sina former. Upphandlingen av tjänster representerar allt större värden, inte minst i takt med fortgående outsourcing och konkurrensutsättning av offentlig verksamhet.

Man kan diskutera om LOU, i sin nuvarande form, speglar denna nya verklighet. Lagen och tillämpningen av densamma bygger på föreställningen att det som upphandlas kan preciseras på ett sådant sätt att en fullt ut objektiv utvärdering och jämförelse av anbud är möjlig. Det är dock uppenbart att vissa tjänsters kvalitet aldrig är möjliga att i detalj kvantifiera eller specificera förrän tjänsten i fråga är utförd. Lösningen på uppgiften formas i uppdraget, inte i anbudet. En upphandling av en intellektuellt präglad tjänst gäller därför sällan köp av färdiga tjänster. Vid upphandling av exempelvis en arkitekttjänst gäller det i stället att kunna bedöma arkitektens förmåga att presentera de idéer och lösningar som totalt sett beräknas ge det bästa resultatet i projektet.

Lagstiftningen, med sin traditionella tyngdpunkt i varuupphandlingen, ger den offentliga upphandlaren ett svagt stöd för hantering av komplicerad tjänsteupphandling. Detta bör, generellt sett, beaktas i den pågående översynen av LOU.

Upphandling under tröskelvärdena (nuvarande kap 6 LOU)

Sveriges Arkitekter anser att det är angeläget med ett enklare regelverk för upphandlingar under tröskelvärdena. De administrativa kostnaderna för dessa upphandlingar står ofta inte i rimlig proportion till upphandlingarnas värde. Dessutom genererar dessa upphandlingar med nuvarande regelsystem anbuds-kostnader för intresserade leverantörer som inte rimliga i förhållande till värdet av upphandlade tjänster. Såväl upphandlande enheter som leverantörer, av

vilka många är små, har mycket att vinna på ett enklare och mer överskådligt regelverk.

Sveriges Arkitekter vill lämna följande synpunkter på regelverket för upphandlingar under tröskelvärdena:

- Behåll de nuvarande förfarandena förenklad upphandling och urvalsupphandling.
- Ökade möjligheter till direktupphandling, bl a genom införande av gränser för direktupphandling av tjänster.
- Avstå från införande av regler om ramavtal.
- Annonsering
- Mindre detaljreglering av reglerna för bedömning av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

Förenklad upphandling och Urvalsupphandling

Dessa två förfaranden, som kompletterar varandra, bör behållas. Genom användning av förfarandet urvalsupphandling kan den upphandlande enheten begränsa antalet anbudsgivare till vad som kan anses vara rimligt i relation till upphandlingens värde och karaktär i övrigt.

Urvalsupphandling ger den upphandlande enheten möjlighet att kraftsamla på utvärdering av ett rimligt antal anbud. Det bör alltid vara angeläget att ta hänsyn till procedurkostnaden som inte bör få vara större än värdet av det som ska upphandlas.

Vid upphandling av skapande tjänster är dessutom anbudsgivarnas kostnader för upprättande av anbud ofta stora i förhållande till värdet av vad som skall upphandlas. I upphandlingar med många anbudsgivare blir inte sällan den kollektiva anbudskostnaden orimlig i relation till såväl upphandlingens värde som chansen att erhålla tilldelningskontrakt.

Det är angeläget att den upphandlande enheten, i varje upphandlingssituation, ges möjlighet att välja mellan ett antal förfaranden, direktupphandling inräknad.

Ökad möjlighet till direktupphandling

Möjligheten till direktupphandling är med nuvarande regler, och den praktiska tillämpningen av dessa, alltför kringskuren. Alltför restriktiva regler för direktupphandling har visat sig leda till framväxt av nya regler i akt och mening att kringgå de negativa effekterna av alltför rigida bestämmelser i fråga om direktupphandling. Det frekventa utnyttjandet av ramavtal är det tydligaste exemplet på att offentligare upphandlare tvingas ta till andra lösningar för att undvika en onödigt omfattande administration av mindre upphandlingar vilkas värden ligger strax över fastställda gränser för direktupphandling.

Det finns i detta sammanhang skäl att skilja på upphandlingar av varor och tjänster. Många upphandlande enheter som köper kvalificerade tjänster har valt att tillämpa

olika gränser för direktupphandling av varor och tjänster. Normalt kan en gräns för direktupphandling av varor sättas relativt lågt, medan den mer komplexa tjänsteupphandlingen bör ha högre gränser för direktupphandling. Erfarenheten visar att det är framförallt när de upphandlande enheterna inte differentierat reglerna för direktupphandling av varor och tjänster (och gränsen satts lågt) som problem uppkommit och myndigheten tvingats tillgripa administrativt omfattande och kostsamma ramavtalsupphandlingar för att eliminera negativa effekter av mindre väl övervägda principbeslut gällande möjligheten till direktupphandling.

En möjlighet att öppna för ökad användning av direktupphandling är att mjuka upp reglerna på ett sådant sätt att det nuvarande rekvisitet ”synnerliga skäl” byts ut mot ”särskilda skäl”. Enligt vårt förmenande räcker detta dock inte. Skillnaderna i förutsättningar gällande tjänsteupphandling och varuupphandling är i praktiken så stora att hänsyn till detta bör tas direkt i lagtexten.

Man kan också notera en skillnad i synsätt mellan dem som intresserar sig för regelverket för varuupphandling och dem som är engagerade i tjänsteupphandling. När det gäller upphandling av varor är både upphandlare och leverantörer i huvudsak intresserade av att ha en förhållandevis lågt satt gräns för direktupphandling. När det gäller upphandling av tjänster är dock generellt sett både upphandlande enheter och leverantörer intresserade av att ha avsevärt högre satta gränser än vad som tillämpas idag. Det kan knappast vara fel att sådan samsyn om vad som är ekonomiskt försvarbart, praktiskt och lämpligt också genomsyrar lagstiftningen.

Det finns skäl att påminna om att den tidigare Upphandlingskommittén föreslog en gräns för direktupphandling om sju basbelopp. Dock gjorde kommittén inte någon åtskillnad mellan upphandlingar av varor respektive tjänster. Med hänvisning till de erfarenheter som nu vunnits när det gäller varu- respektive tjänsteupphandling bör nu tiden vara mogen för att ta hänsyn till detta i lagen.

Även om man begränsar sig till tjänsteupphandling är inte helt lätt att definiera gränser för vad som kan anses vara lågt värde. Det är förstås skillnad på tjänster och tjänster. Exempelvis kan en städtjänst i normalfallet tydligare specificeras än en tjänst med större kunskapsinnehåll, t ex en arkitekttjänst. Flera större offentliga upphandlare tillämpar därför redan idag olika gränser för direktupphandling av enklare tjänster och sådana som har ett mer skapande innehåll. Gällande sådana tjänster bör gräns för direktupphandling kunna sättas relativt högt.

Sveriges Arkitekter föreslår följande lagtext i det som föreslås bli 17 kap 3 §:

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns särskilda skäl.

Den upphandlande enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Härvidlag skall hänsyn tas till i vilken utsträckning föremålet för upphandlingen låter sig specificeras.

Vid upphandling av komplexa tjänster och tjänster med betydande kunskapsinnehåll får direktupphandling ske om tjänstens värde understiger tio prisbasbelopp.

Avstå från införande av regler om ramavtal

De nya EG-direktiven öppnar för möjligheten att införa ramavtal som nytt upphandlingsförfarande. Ramavtal bör inte införas vid upphandlingar under tröskelvärdena.

Den nuvarande tillämpningen av ramavtal innebär många gånger att upphandlande enheter "dammsuger" marknaden och tecknar ramavtal med ett stort antal leverantörer. Därefter avropas tjänster oftast helt formlöst. I normalfallet är pris (kr/tim) det enda avgörande affärsvillkor som reglerats i ramavtalsupphandlingen. Övriga ekonomiska villkor förutsätts bli reglerade i samband med att beställning (avrop) senare görs. Då detta emellertid normalt sker mer eller mindre formlöst kommer merparten av faktiskt genomförda upphandlingar inte att göras med ett sammanvägt beaktande av samtliga affärsvillkor. Med nuvarande regler borde, om inte alla affärsvillkor är reglerade i ramavtalet, varje ny tilldelning av ett upphandlingskontrakt föregås av en upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Så sker inte i normalfallet varför de flesta ramavtal kan beskrivas som "hybrider", där orsaken till att det blivit som det blivit står att finna i det faktum att fattade principbeslut om gränser för direktupphandling bakbundit de offentliga upphandlarna på ett olyckligt sätt.

Med införande av något mer fria regler för direktupphandling kommer ovan beskrivna missförhållanden i allt väsentligt att kunna elimineras och de upphandlande enheterna kan börja fokusera på att i varje upphandlingstillfälle "göra rätt affär".

Annonsering

Annonsering av förenklad upphandling och urvalsupphandling bör ske på i väsentligen samma sätt som idag. Huvudkravet på annonsering i allmänt tillgänglig databas är rimligt med tanke på de omfattande tidsmässiga kostnader det innebär för intresserade leverantörer att leta efter upphandlingar i skilda annonser och på otal offentliga myndigheters hemsidor. Visserligen tar de på marknaden etablerade annonsdatabaserna betalt av leverantörerna för att de ska få tillgång till annonserna, men alternativkostnaden för leverantörerna är i normalfallet skyhögt högre.

Med regler som medger ökad möjlighet att direktupphandla minskar de upphandlande enheternas annonseringsadministration, som kan begränsas till något större upphandlingar där det också är rimligt att upphandlingarna uppmärksammas av en bredare krets av potentiella leverantörer.

Rangordning och viktning av tilldelningskriterier

Nuvarande regler om prövning av anbud leder till en tillämpning där rangordning och viktning ger upphov till ett poängsättningsraseri som når sådan detaljeringsgrad att det skymmer vad som till slut är en relevant sammanvägd bedömning av de olika anbuden (se bifogade artiklar *Kvaliteten har sitt pris*, *Excel väljer arkitekt* och *Spridda anbud när arkitekter räknar på skola i Varberg*).

Antalet valda tilldelningskriterier har naturligtvis betydelse för hur utvärderingen senare kommer att genomföras. Det finns uppenbart en tendens till att listan av tilldelningskriterier blir längre och längre. Med många tilldelningskriterier blir viktning och poängsättning oftast ett sätt att försöka leda i bevisning både för sig själv i egenskap av upphandlare och för anbudsgivarna att alla uppställda kriterier behandlats på ett oantastligt sätt.

När något färre tilldelningskriterier ställs upp ökar den upphandlande enhetens ansvar för att göra rätt bedömning om vem som är rätt leverantör och vad som utgör den bästa affären. Utifrån övergripande utgångspunkter kan detta inte vara fel.

Tilldelningskriterierna bör inte viktas. Viktning medför som regel stor osäkerhet och resultatet av viktningen kan vara svårt att överskåda i förväg. Det bifogade exemplet från Varberg visar t ex att om den anbudsgivare som totalt sett fick näst högst poäng skulle ha lagt in ytterligare dryga 300 timmar i sitt anbud skulle det ha renderat en högre totalpoäng och en möjlighet att tilldelas upphandlingskontraktet. Det finns starka skäl att ifrågasätta nytta och användbarhet av de otaliga viktningssmodeller som utvecklats i praktisk tillämpning.

Det har inledningsvis sagts att tjänster inte alltid på ett entydigt sätt låter sig specificeras i anbudet. Ändå tillämpas viktningssmodeller som innebär att man försöker *beräkna* fram det bästa anbudet istället för att *bedöma* vilket anbud som är det totalt sett mest ekonomiskt fördelaktiga. Man kan i sammanhanget inte heller bortse ifrån att viktningssmatematiken är en effekt av rädslan från upphandlande enheters sida för att göra fel och få sina bedömningar ifrågasatta. Viktningen leder bort från en fokusering på affären ("gör vi en bra affär") och uppmuntrar istället ekvilibristiska kalkylmetoder utan helhetsfokus.

Tillämpade utvärderingskriterier bör dock anges i prioritetsordning så att anbudsgivarna vet vilka omständigheter som tillmäts störst betydelse i vid en bedömning av anbudet.

Krav på viktning och detaljerade regler om rangordning av utvärderingskriterier gör att de upphandlande enheterna fastnar i omfattande granskning av olika delasppekter på inkomna anbud. Detaljregler skymmer det ansvar upphandlande enheter har för att göra sammanfattande och sakkunniga bedömningar av inkomna anbud. När upphandlande enheter får ta helhetsansvar istället för att räkna halv- och kvartspoäng vinner med all sannolikhet hela hanteringen av offentlig upphandling i trovärdighet. Konsekvensen av detta bör bli färre missnöjda leverantörer, färre överklaganden och fler lyckade upphandlingar.

Med vänlig hälsning
Sveriges Arkitekter

Staffan Carenholm
Förbundsdirektör

Cc

Kammarrättsassessor Birgitta Henriksson, sekreterare i Upphandlingsutredningen

Departementssekreterare Rickard Falkendal, Finansdepartementet

Utredare Mikael Halápi, SACO

Förbundsjurist Ulf Palm, Kommunförbundet

Förbundsjurist Eva Sveman, Landstingsförbundet

Chefsjurist Michael Slavicek, NOU