

Stockholm 2005-06-30

Upphandlingsutredningens delbetänkande ”Nya upphandlingsregler” (SOU 2005:22)

Sveriges Arkitekter får härmed avge remissyttrande över nämnda delbetänkande av Upphandlingsutredningen (SOU 2005:22).

Sveriges Arkitekter är intresseorganisation för landets arkitekter, inredningsarkitekter, landskapsarkitekter och planeringsarkitekter. Förbundet har drygt 9500 medlemmar, anställda i privat och offentlig tjänst samt verksamma som företagare. Väl över 90 procent av de verksamma arkitekterna är anslutna till Sveriges Arkitekter.

Merparten av förbundets medlemmar återfinns inom det privata tjänsteområdet som anställda i eller ägare av arkitekt- och konsultföretag. Uppskattningsvis 50 procent av den konsulterande arkitektbranschens sysselsättning består av offentliga uppdrag, upphandlade med stöd av lagen om offentlig upphandling. Det offentliga samlade inköpsvolym av arkitekttjänster kan uppskattas till tre miljarder kronor årligen. I form av byggande, anläggande och inredande motsvarar detta en sammanlagd investeringsvolym om uppskattningsvis 60 miljarder kronor årligen.

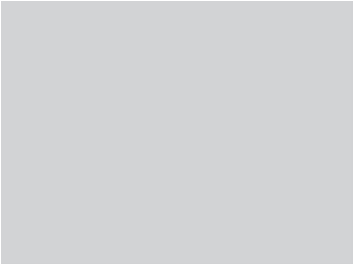
Sammanfattande synpunkter

Sveriges Arkitekter anser att vid upphandling av arkitekttjänster för byggande och anläggning måste kraven på långsiktighet, hållbarhet, flexibilitet samt rimliga drifts- och underhållskostnader, och inte momentan planerings- eller projekteringskostnad, vara det som vägleder den offentliga upphandlingen.

Sveriges Arkitekter anser att det i den offentliga upphandlingen av kunskapstjänster är av särskild vikt att administrativa och ekonomiska kvalificerings- och urvalskriterier inte tillåts skymma kriterier som handlar om fack- och sakkunskaper hos utförarna.

Sveriges Arkitekter anser att nuvarande lagstiftning ger den offentliga upphandlaren ett svagt stöd för hantering av den successivt alltmer krävande om komplicerade tjänsteupphandlingen.

Sveriges Arkitekter tillstyrker föreslagen uppdelning i två olika lagar för offentlig upphandling.



Sveriges Arkitekter tillstyrker utredningens förslag till allmän följsamhet till EG-direktiven och dess begreppsapparat. Särskilt betydelsefullt är att det missvisande begreppet ”affärsmässig” utmönstras ur lagstiftningen.

Sveriges Arkitekter anser att missbruket av ramavtal fått allvarliga och marknadsstörande konsekvenser och välkomnar därför en i lagen given tydligare reglering av förutsättningarna för ramavtalsupphandling.

Sveriges Arkitekter anser att en konsekvensanalys bör göras innan inköpscentraler legaliseras.

Sveriges Arkitekter tillstyrker att begreppet formgivningstävling ersätts av projekttävling.

Sveriges Arkitekter anser att måttfullhet bör råda när det gäller att ställa sociala krav och liknande krav i samband med offentlig upphandling så länge det inte är klarlagt vad EG-rätten i detta avseende tillåter.

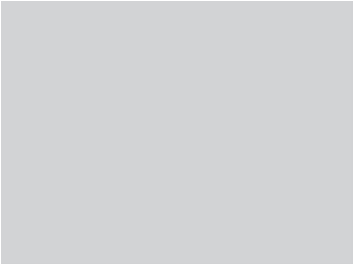
Allmänt om upphandling av arkitekttjänster

Arkitekttjänster kan beskrivas som kreativa och intellektuella tjänster. Sådana tjänster låter sig inte alltid väl preciseras i underlagen för den offentliga upphandlingen. Tjänstens kvalitet kan inte alltid på ett entydigt sätt beskrivas i förväg i förfrågningsunderlag eller uppdragsbeskrivning. Kvaliteten, och därmed också det slutliga värdet av tjänsten, bestäms oftast i själva utförandet, dvs i den faktiska leveransen. Tjänsten kan därmed i detalj kvantifieras och specificeras först när den väl är utförd.

Det är mot denna bakgrund en kvalificerad uppgift att upphandla arkitekttjänster. Att köpa arkitekttjänster handlar om förväntan. Det gäller att välja ut den utförare som kan bedömas ha de bästa förutsättningarna för att åstadkomma det önskade resultatet. Ordet bedöma bör betonas i detta sammanhang. Det är något som har en helt annan innebörd än ordet beräkna. I alltför många offentliga upphandlingar har insikten om att om att upphandling av kunskapstjänster handlar om bedömningar trängts undan till förmån för olika beräkningsmodeller baserade på kalkylering och poängsättning. Vem som är bäst leverantör av en kreativ tjänst med stort kunskapsinnehåll kan emellertid inte kalkyleras fram.

Ett antal omständigheter som kunskap, kompetens, kreativitet, problemlösningsförmåga, och samarbetsförmåga skall avvägas mot pris för den efterfrågade tjänsten. Regelmässigt bör upphandling av arkitekttjänster ske utifrån kriterier som sammantaget bedömda kan ge den lösning som framstår som den totalt sett ekonomiskt mest fördelaktiga. Företrädare för såväl köpare som leverantörer är överens, vilket bland annat kommer till uttryck i branschens av parterna gemensamt framförhandlade standardavtal, om att arkitekttjänster inte bör upphandlas till lägsta pris. Ändå sker detta i betydande omfattning.

Den offentliga upphandlingen av arkitekttjänster har länge varit alltför prisfixerad. Arkitekttjänster avser oftast arbete i tidigt skede av planering och projektering av byggnader och anläggningar med lång livslängd. Normala byggnader får antas stå i hundra år. I upphandlingar av tjänster för sådana projekt måste hänsyn till kraven på långsiktighet, kvalitet, hållbarhet, flexibilitet samt rimliga drifts- och



underhållskostnader, och inte momentan planerings- eller projekteringskostnad, vara det som vägleder den offentliga upphandlingen.

I den offentliga upphandlingen av kunskapstjänster är det av särskild vikt att administrativa och ekonomiska kvalificerings- och urvalskriterier inte tillåts skymma kriterier som handlar om fack- och sakkunskaper hos utförarna. Det måste finnas en rimlig balans mellan dessa respektive kriterieområden för att uppnå bästa möjliga måluppfyllelse när det gäller föremålet för upphandlingen.

I allt större utsträckning har den offentliga upphandlingen kommit att handhas och administreras av särskilda upphandlingsförvaltningar och upphandlingsavdelningar i såväl kommuner som statliga myndigheter. Att upphandling samordnas har säkert sina vinster. Men det följer också problem med det faktum att upphandlingarna planeras och genomdrivs med alltför litet inflytande från de tjänstemän och handläggare som har specifika kunskaper om det som ska upphandlas. Särskilt riskfylld är denna utveckling när det gäller upphandling av kunskapspräglade tjänster som inte låter sig mätas och fullt ut beskrivas i förväg.

Allmänt om tjänsteupphandling

Sedan LOUs tillkomst 1994 har den offentliga upphandlingen undergått betydande förändringar. Allmänt sett kan sägas att tjänsteupphandling, inom en rad områden, tenderat att bli alltmer komplicerad. Samtidigt har varuupphandlingen överlag funnit sina former. Det råder ingen tvekan om att det är tjänsteupphandling som hos upphandlande myndigheter skapar störst osäkerhet och som också föranleder mest tolkningsproblem och ger upphov till avvägningsproblem i formulerandet av kravspecifikationer och i utvärdering av anbud. Upphandling av tjänster dessutom successivt allt större värden, inte minst i takt med fortgående outsourcing och konkurrensutsättning av offentligt bedriven verksamhet.


Man kan på goda grunder ifrågasätta om LOU, i sin nuvarande form, speglar denna nya verklighet. Lagen och tillämpningen av densamma bygger på föreställningen att upphandlingen av tjänster, likväl som varor, kan preciseras på ett sådant sätt att en fullt objektiv utvärdering och jämförelse av anbud är möjlig. Det är dock, som ovan framhållits, uppenbart att vissa tjänsters kvalitet aldrig är möjliga att i detalj kvantifiera eller specificera förrän tjänsten i fråga är utförd.

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

Allmänt om Upphandlingsutredningens förslag

Upphandlingsutredningens uppdrag är att föreslå hur två EG-direktiv skall överföras till svensk lag. Direktiven är resultatet av ett mångårigt och omfattande utrednings- och förhandlingsarbete och är väl genomdiskuterade. Mot denna bakgrund bör direktiven med ett minimum av ingrepp och bearbetning kunna överföras till svensk lag.

Utredningen har också vinnlagt sig om följsamhet, vilket är tillfredsställande.



Utredningen föreslår att nuvarande LOU ersätts av två lagar. Sveriges Arkitekter anser att detta är ett klokt förslag, ägnat att skapa ökad tydlighet inom de olika sektorer, där det offentliga köper varor och tjänster.

Utredningen föreslår också att den nya lagstiftningen följer de aktuella EG-direktivens mer logiska uppbyggnad i det att de i mer kronologisk ordning följer ordningen i ett upphandlingsärende. Sveriges Arkitekter anser att en sådan uppbyggnad av lagstiftningen kommer att underlätta förståelse för regelverket och minska utrymmet för tolkningsproblem.

Utredningen föreslår vidare, i valet av termer och uttryck, att den nya lagstiftningen tydligare och mer direkt knyter an till EG-direktivens begreppsapparat, vilket också är välkommet. Det finns, som konstateras av utredningen, väsentliga skillnader mellan uttryckssätten i LOU och EG-direktiven. Detta har varit olyckligt och har i den dagliga tillämpningen av regelverket föranlett betydande missuppfattningar av lagstiftarens syfte. Särskilt har detta gällt begreppet ”affärsmässig” som inte närmare definieras i LOU och som av olika användare har givits den mest skiftande tolkning och innebörd. Särskilt allvarig har oklarheten varit om för vem upphandlingen ska vara ”affärsmässig”. Tolkningen och därmed också den praktiska tillämpningen av begreppet ”affärsmässig” har helt gått på tvärs med lagstiftarens något tafatta försök att ersätta EG-rättens grundläggande principer med ett, som det visat sig, alltför diffust samlingsbegrepp.

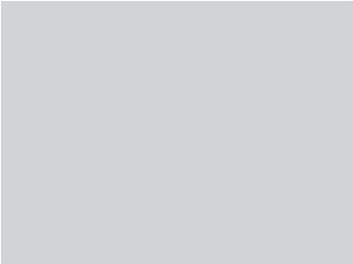
Att detta begrepp nu föreslås bli utmönstrat ur den svenska lagstiftningen till förmån för direktivens begrepp likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet är mot denna bakgrund bara att applådera.

Ramavtal

Den föreslagna regleringen av ramavtalsupphandlingar är välkommen.

Trots avsaknad av uttryckliga bestämmelser i nuvarande LOU om ramavtal har dessa fått en mycket stor spridning när det gäller upphandling av arkitekttjänster. Detta har ett uppenbart samband med att möjligheten till direktupphandling med nuvarande regler, och tillämpningen av dessa, är alltför kringkuren. Alltför restriktiva regler för direktupphandling har visat sig leda till framväxt av ny regeltillämpning 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 offentliga upphandlare tvingas ta till andra lösningar för att undvika en i upphandlarens tycke onödigt omfattande administration av mindre upphandlingar vilkas värden ligger strax över fastställda gränser för direktupphandlingar.

Sveriges Arkitekter avser återkomma till denna problematik, som är av central betydelse när det gäller upphandling av arkitekttjänster, när tillfälle ges att lämna yttrande över kommande förslag från Upphandlingsutredningen gällande regelverket för den offentliga upphandling som inte styrs av EG-direktiv, d v s i första hand reglerna i nuvarande kapitel 6 i LOU.



Ramavtalsupphandlingarna avser i första hand arbetsinsatser av mindre omfattning. I praktiken tillämpas ramavtalen så att all upphandling av mindre, men inte tillräckligt lågt, värde läggs inom ramavtal. På detta sätt skiktas marknaden där i botten direktupphandling, upp till ett värde av några få basbelopp, kan tillämpas. På värdenivån därutöver läggs ramavtalen och först när det gäller upphandlingar av mer betydande värde tillgrips några av de övriga enligt LOU till buds stående upphandlingsförfarandena.

Så som ramavtalen idag överlag tillämpas åsidosätts konkurrensen inom ett betydande område av offentlig upphandling av arkitekt- och konsulttjänster. Visserligen konkurrerar marknads leverantörer om att bli upphandlade på ramavtalet, men någon konkurrens om sedermera aktuella uppdrag sker normalt inte. Man kan säga att de upphandlande myndigheterna har skaffat sig en frizon med bibehållen tämligen fri prövningsrätt genom att uppdrag normalt formlöst avropats bland dem som blivit upphandlade på ramavtalet. Det som de facto utgör tilldelning av kontrakt sker därmed utan egentligt beaktande av EG-rättens grundsatser för den offentliga upphandlingen. Att egentlig konkurrens sätts ur spel framgår också av att det snarare är regel än undantag att förhållandevis många leverantörer upphandlas på ramavtal, men att vare sig dessa eller de som ställts utanför ramavtalsupphandlingen därefter har möjlighet att få någon insyn i hur den vidare upphandlingen under ramavtalet hanteras.

Till yttermera visso är det utomordentligt vanligt att leverantörer upphandlas för en flerårig ramavtalsperiod utan att någonsin få en chans att ifrågakomma som leverantör då uppdrag därefter läggs ut. Att först kräva av presumtiva leverantörer ett omfattande anbudsarbete för att komma ifråga för ramavtalsupphandling, därefter ge besked om att leverantören blivit upphandlad för att slutligen helt avstå från att nyttja dennes tjänster, är inget mindre än ett missbruk.

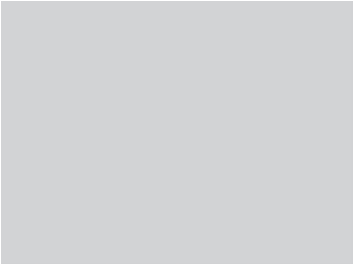
Det ligger, då varje uppdrag normalt är specifikt, i sakens natur att det inte i detalj kan preciseras i ramavtalet. I ramavtalet anges endast allmänna avtalsvillkor och uppgifter om accepterade timpriser. I övrigt preciseras uppdraget och villkoren för detsamma i avropet.

Tillämpningen av ramavtalsupphandlingar har givit upphov till en omfattande och omständlig ramavtalsupphandling, där lämplighet för sedermera aktuella uppgifter inte fullt ut kan bedömas, och en av i det närmaste fri prövningsrätt präglad utläggning av senare beställningar.

Denna ordning bör inte kunna bestå med de nya regler som nu föreslås införda. Om villkoren, vilket ska tolkas som samtliga villkor, för ramavtalsupphandlingen inte är fastställda i första skedet skall ny konkurrensutsättning, präglad av de allmänna grundsatserna för offentlig upphandling, ske när väl de enskilda uppdragen inom ramavtalet så småningom aktualiseras.

Mer eller mindre formlöst avrop torde därmed omöjliggöras, vilket bör välkomnas av alla som anser att det inte bör finnas någon ”gräddfil” för viss offentlig upphandling där regelverket för den offentliga upphandlingen i övrigt inte tillämpas.

Det är Sveriges Arkitekters uppfattning att samtliga villkor för ramavtalsupphandling av arkitekttjänster aldrig låter sig preciseras i själva ramavtalet. Man får därmed utgå ifrån att ramavtalsupphandling av arkitekt- och liknande tjänster fortsättningsvis alltid måste ske i två konkurrenssteg. Sannolikt kommer detta att medföra ett avsevärt mindre intresse från upphandlande myndigheters sida att nyttja ramavtal i samma omfattning som i dag. Därmed



riskeras upphandlingar av tjänster till mindre värden drabbas av en mer omfattande upphandlingsadministration än idag. Detta torde varken vara ett upphandlar- eller ett leverantörsintresse. Lösningen ligger i, vilket ovan framhållits, ökad möjlighet till direktupphandling, vilket även den förstås ska grunda sig på EG-rättens grundsatser.

Den i 6 kap 5 § införda nya bestämmelsen om att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids, torde också innebära att många av dagens ramavtalsförfaranden helt enkelt blir lagvidriga.

Inköpscentraler

Att all upphandling, t ex i en kommun, läggs i en centraliserad upphandlingsfunktion medför risk för att upphandlingar i allt större utsträckning genomförs av andra än av dem som har sak- eller fackkunskaper om föremålet för upphandlingen. Ur upphandlingsadministrativ synvinkel har förstås sådan central samordning av upphandlingar sina poänger, men upphandlingsadministrativ effektivitet får rimligen inte väga tyngre än en fackmässigt kompetent hanterad och väl genomförd upphandling. Att i grunden handla rätt tjänst eller vara måste vara viktigare än att handla administrativt effektivt.

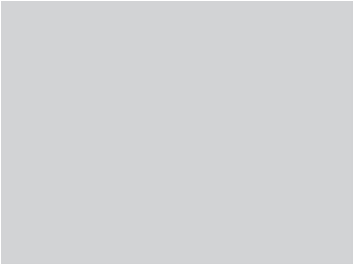
Utredningen vill nu i lagstiftningen införa inköpscentraler, d v s upphandlande myndigheter som förvärvar varor eller tjänster avsedda för andra upphandlande myndigheter eller ingår kontrakt eller träffar ramavtal som är avsedda för andra upphandlande myndigheter.

Utredningens förslag om inköpscentraler kan medföra att all upphandling inom vissa områden sammanförs på ett sådant sätt att antalet kunder reduceras till en enda. Ur leverantörssynpunkt är detta en betydande nackdel. Som leverantör kan man, för sin överlevnad, bli helt beroende av att verkligen bli upphandlad av den enda kund som finns inom ett visst område. En väl fungerande marknad förutsätter ett antal aktörer både på köpar- och säljarsidan. Om antalet aktörer i ena ledet reduceras till ett fåtal eller en enda sätts normalt accepterade marknadsmekanismer lätt ur spel. Få aktörer, eller en enda, på köparsidan brukar dessutom medföra att villkoren för köp ”skruvas åt”, inte sällan på ett ohemult sätt. Sveriges Arkitekter anser mot denna bakgrund att en genomträngande konsekvensanalys bör göras innan inköpscentraler legaliseras.

Projekttävling

Begreppet formgivningstävling i nuvarande LOU föreslås ersatt med begreppet projekttävling. Sveriges Arkitekter har inget att invända mot detta begreppsbyte. Nuvarande begrepp formgivningstävling är en illa gjord översättning av engelskans design contest.

Tävlingar avser normalt ett konkret projekt, men kan också vara av allmän idékaraktär. Så kallade idétävlingar förekommer alltså och här kan begreppet projekttävling möjligtvis upplevas något missvisande. Något större problem bör detta dock inte vara eftersom begreppet projekttävling också täcker sådana tävlingsförfaranden som är av allmän idékaraktär.



Själva reglerna för tävlingsförfarandet föreslås vara oförändrade och Sveriges Arkitekter anser inte heller att någon särskild regeländring är påkallad.

Dock vill Sveriges Arkitekter återigen påpeka att själva syftet med en projekttävling *inte* är att förvärva den ritning eller den projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag i tävlingen. Syftet är snarare att förvärva den lösning eller de förslag till lösningar som materialiserats genom ritning eller projektbeskrivning, inte själva ritningen i sig. Förvärvet tar primärt sikte på förfoganderätten till lösningen snarare än äganderätten till själva handlingen.

Sociala krav

Utredningen har, utöver uppgiften att implementera EG-direktiven i svensk lag, också haft att beakta hur sociala hänsyn kan hanteras i den offentliga upphandlingen. Utredningen föreslår också att bl a sociala krav får ställas på hur ett kontrakt skall fullgöras, under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlag.

Samtidigt konstaterar utredningen att det är svårt att med någon precision ange vilka sociala krav som är förenliga med gemenskapsrätten. Sveriges Arkitekter läser detta närmast som en reservation, manande till försiktighet när det gäller att ställa sociala krav i samband med offentlig upphandling. Sveriges Arkitekter anser att sådan anmodan till försiktighet är på sin plats. Man har under senare år kunnat notera ett ökat allmänt kravställande i samband med offentlig upphandling, ett kravställande som också emellanåt på ett påtagligt sätt fjärrmat sig från vad som är relevant med tanke på föremålet för upphandlingen. Att det offentliga ställer krav på leverantörers oförvitlighet är en sak, men man kan ifrågasätta var gränsen ska sättas för kraven på leverantörers allmänna exemplariskhet och förmåga till socialt medkännande.

Sveriges Arkitekter

Staffan Carenholm
Förbundsdirektör