

Stockholm 2005-09-12


Synpunkter till upphandlingsutredningen gällande de frågor utredningen har att behandla till följd av regeringens tilläggsdirektiv av den 7 april 2005

Fastställd gräns för direktupphandling, jmf reglerna i 6 kap LOU

Sveriges Arkitekter förordar starkt att differentierade gränser för direktupphandling, relaterade till föremålet för upphandlingen, införs i lagtexten.

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.

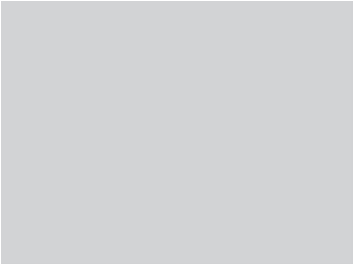
Man kan också notera en skillnad i synsätt mellan dem som intresserar sig för regelverket för varupphandling och dem som är engagerade i tjänsteupphandling. När det gäller upphandling av varor är både upphandlare och leverantörer i huvudsak intresserade av att ha en förhållandevis lågt satt gräns för 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 intellektuell 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.

Med utökade möjligheter till direktupphandling torde i praktiken behovet av ramavtalsupphandlingar under tröskelvärdena försvinna. Ramavtalsupphandlingar görs normalt för en tvåårig avtalsperiod med option för ett tredje år. Förhållandevis regelmässigt utnyttjar upphandlande myndigheter möjligheten till förlängd avtalstid genom att utlösa optionen.

Det torde tillhöra de definitiva undantagen att ramavtalsupphand-



lingar som avser en avtalsperiod om två-tre år avser ett sammanlagt värde som hamnar under tröskelvärdena. Härvidlag bör också beaktas att en ramavtalsupphandling förutsätter tämligen omfattande upphandlingsadministration med avseende på kvalificeringskriterier och utvärdering av intresseanmälningar från oftast ett mycket stort antal intresserade leverantörer.

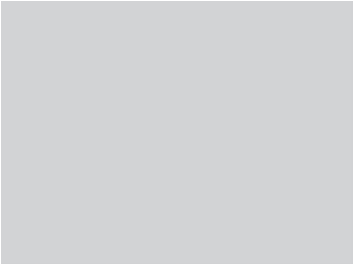
Med de nya regler gällande ramavtal som nu föreslås gälla vid upphandlingar över tröskelvärdena måste dessutom, när alla villkor inte är preciserade i ramavtalet, förnyad konkurrensutsättning ske inför anlitade av leverantör inom ramavtalet. Med all sannolikhet kommer detta att medföra drastiskt minskat intresse för ramavtalsupphandlingar från offentliga myndigheters sida. När nuvarande upplevda smidighet, för att inte säga formlöshet, ersätts av mer tydliga regler, kommer upphandlande myndigheter troligen tappa intresset för att upphandla genom ramavtal. Ges samtidigt utökad möjlighet till direktupphandling kommer nyttjandet av ramavtal, som idag emellanåt, gränsar till missbruk att i stort upphöra. Det finns mot denna bakgrund anledning att fundera över huruvida ramavtalsupphandlingar överhuvudtaget skall tillåtas vid upphandlingar under tröskelvärdena.

Möjlighet att ställa miljökrav och/eller sociala krav

Det pågår sedan lång tid tillbaka en alldeles tydlig förskjutning av kvalificerings- och urvalskriterier i den offentliga upphandlingen från sådana kriterier som rör leverantörens förmåga att leverera tjänst eller produkt av efterfrågad kvalitet till kriterier som på ett mer generellt plan avser allmän förebildlighet i avseende på miljö- och socialt relaterade frågor.

Allmänt uppställda politiska mål gällande miljö, social utveckling, jämställdhet och mångfald involveras idag i den offentliga upphandlingen på ett mycket tydligare sätt än tidigare. Utan tvekan bör det offentliga förvänta sig olika former av förebildlighet från de leverantörer som anlitas, men krav som inte direkt kan relateras till föremålet för upphandlingen får inte sammantaget ges en sådan omfattning eller i utvärderingen ges en sådan tyngd att betdelsen av leverantörens förmåga med avseende på sakkunskap och skicklighet i en totalbedömning tonas ned.

Försiktighet bör iakttas när det gäller att införa ytterligare möjligheter till kravställande på leverantörerna i fråga om förhållanden som inte direkt kan relateras till föremålet för upphandlingen. Det är rimligt att i den utsträckning det är motiverat av uppgiften i fråga att ställa



miljökrav på leverantörens produktion av tjänsten eller varan och naturligtvis även tjänstens eller varans miljöeffekter när den kommer till utförande eller används. Mer allmänna miljökrav bör inte kunna ställas. Sociala krav bör, allmänt sett, endast kunna ställas när synnerliga skäl föreligger.


Många leverantörer har redan idag, vilket är omvittnat och utrett i många sammanhang, *anbudskostnader* som inte står i rimlig proportion till värdet av det föremål som ska upphandlas. Exempel finns på att leverantörernas samlade anbudskostnader i en upphandling kan överskrida upphandlingsföremålets värde. Det är inte rimligt. Ytterligare kravställande inom miljöområdet eller med avseende på sociala hänsynstaganden ökar anbudskostnaden ytterligare, vilket allmänt sett inte är försvarbart.

Det finns även anledning att beakta den upphandlande myndighetens *utvärderingskostnader* i samband med ett utökat kravställande inom områden med liten eller begränsad anknytning till föremålet för upphandlingen. Överlag får det anses vara en grannlaga uppgift att utvärdera kvalificeringskrav gällande miljö och sociala frågor, där kravspecifikationen inte alltid kan göras tydlig. Om en seriös bedömning ska göras av leverantörerna i nämnda avseenden torde det ta betydande kraft från de upphandlande myndigheterna. Det finns anledning att sätta frågetecken inför de eventuella vinsterna med en sådan utveckling.

Överprövningsinstitutet, 7 kap LOU

Det är klarlagt att antalet överklaganden av offentliga upphandlingar ökat kraftigt under några års tid. Dock måste sägas att antalet överklaganden ställt i relation till volymen genomförda upphandlingar är mycket litet. Otvetydigt är dock att överklagningarnas antal tär på domstolssystemets resurser.

Det är nödvändigt att det finns en rimlig tidsfrist för överklagande av upphandlingar som leverantör(er) anser vara felaktiga eller på annat sätt strida mot den offentliga upphandlingens grundsatser. Nuvarande tidsfrist om tio dagar får anses vara rimlig. Visst kan gränsen justeras nedåt till t ex sju dagar, men det synes svårt att prestera bärande skäl för en sådan avkortning, även om upphandlare emellanåt gör gällande att man drabbas av stillestånd eller på annat sätt försinkas i sina upphandlingar till följd av överklaganden på allmänt sett lösa grunder. Ur rättsäkerhetssynpunkt torde tidsfristen för överklagande behöva ligga i intervallet sju-tio dagar.



Dock är det rimligt att införa regler som begränsar möjligheten att, efter genomförd upphandling, överklaga förhållanden man som leverantör känt till under en längre tid. Det innebär att en tidsfrist bör kunna införas inom vilken en leverantör bör kunna klaga på förfrågningsunderlaget för upphandlingen och en annan tidsfrist inom vilken utvärderingen kan överklagas. En sådan ordning skulle begränsa överklagandena, efter avslutad upphandling, till den utvärdering som är gjord. Möjligheten att i efterhand klaga på förhållanden som avser underlaget för upphandlingen skulle därmed elimineras. Sannolikt skulle antalet överklaganden på detta sätt nedbringas samtidigt som kraven ställs på leverantörerna att agera mer direkt när felaktigheter uppdragas och inte invänta ett besked huruvida man blir antagen som leverantör eller ej.

Nuvarande överprövningsregler bör kompletteras med *talerätt för leverantörernas intresseorganisationer*. Sådana regler finns i de nordiska grannländerna. En sådan ordning skulle medföra minskad risk för okynnesöverklaganden genom att intresseorganisationerna skulle styra bort överklaganden som inte har fog för och koncentrera sig på frågor där uppenbara felaktigheter föreligger eller där rättsläget behöver förtydligas. En sådan utveckling gagnar kvalitén i det offentliga upphandlingsarbetet och minskar den irritationen som uppkommer hos såväl upphandlare som leverantörer när ett upphandlingsförfarande ifrågasätts.


Ett ytterligare skäl till varför talerätt för leverantörsorganisationer bör införas är att många branscher, inte minst arkitekt- och teknikkonsultbranschen, är utpräglade småföretagsbranscher där ett mycket stort antal små företag deltar i den offentliga upphandlingen. Dessa företag tvingas ofta, p g a sin utsatthet och relationshänsyn till den offentliga upphandlingens företrädare avstå från att överklaga upphandlingar som uppenbart rymmer felaktigheter. Dessa leverantörers ställning på marknaden skulle stärkas om deras organisationer gavs talerätt.

ILO-konvention nr 94

Sveriges Arkitekter avstår från att lämna synpunkter på denna fråga. Ehuru principiell saknar frågan praktisk betydelse inom det område Sveriges Arkitekter har anledning att bevaka.

Konkurrenspräglad dialog

Allmänt sett är det positivt att antalet tillgängliga alternativa upphandlingsförfaranden ökar. Generellt bör upphandlande



myndigheter ges större möjligheter att välja det förfarande som passar aktuell upphandlingssituation bäst. I det perspektivet bör möjligheten nu utnyttjas att i den svenska upphandlingslagstiftningen nu införa konkurrenspräglad dialog som ytterligare ett förfarande. Det nya förfarandet bygger på dialog, vilket är ägnat att underlätta köp av tjänster för komplexa uppgifter.

Lagtexten bör dock utformas på ett sådant sätt att tydligt framgår att förfarandet konkurrenspräglad dialog reserveras för de sårfall där komplexiteten i uppgiften är av sådant slag eller svårigheterna att beskriva uppgiften är sådan att andra tillgängliga upphandlingsförfaranden inte kan nyttjas.

Sveriges Arkitekter vill särskilt peka på risken att det inom ramen för en konkurrenspräglad dialog förutsätts att leverantörerna ska ge konkreta förslag på uppgiften i fråga, eller åtminstone lämna skisser eller underhandsförslag som i normalfallet skulle ha arbetats fram när kontrakt på uppdraget väl föreligger. Redan idag ställs emellanåt krav eller förväntningar på gratisarbete i anbudsstadiet, något som inte bara väcker irritation utan också genererar ilska i leverantörsledet. Det får förutsättas att lösningar och förslag diskuteras inom ramen för en konkurrenspräglad dialog, men föreligger krav på arbetsprestationer utöver sedvanligt anbuds förfarande ska naturligtvis sådant arbete ersättas på marknadsmässiga grunder.

Elektroniska auktioner

Förfarandet kan nyttjas för upphandling av standardiserade produkter inom varuområdet, men är överhuvudtaget inte tillämbart inom tjänsteområdet.

Dynamiska inköpssystem

Inte heller möjligheten av att använda sig av dynamiska inköpssystem torde vara något som kommer att tillämbart vid upphandling av intellektuella tjänster.