

Socialdepartementet
103 33 Stockholm

Yttrande över Upphandlingsutredningens slutbetänkandet Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12)

S2013/1826/RU

Sammanfattning

- Konkurrensverket ser positivt på utredningens förslag att offentlig upphandling tillmäts en större strategisk betydelse och integreras i statens kompetensutveckling (avsnitt 3.3).
- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att Statens inköpscentral ges ett uppdrag att vid behov bistå myndigheter vid avrop från ramavtal. Lämpligheten i förslaget att ålägga myndighetschefer att personligen underteckna avstegsanmälningar kan ifrågasättas (avsnitt 3.5).
- Ett införande av den danska modellen med ramavtal som är förpliktande för upphandlande myndigheter respektive enheter bör undersökas (avsnitt 3.5).
- Utredningens förslag om avsättning av medel för finansiering av professorer inom offentlig upphandling, uppdragsutbildning respektive forskning bör genomföras. Forskningsmedel bör även fortsättningsvis administreras av Konkurrensverket (avsnitt 3.6).
- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att upphandlingsstödet ska ansvara för att utveckla processbeskrivningar och vägledningar för strategisk upphandling och inköpsstrategier samt genomförande av särskilda informationsinsatser. Det föreslagna produktkategoristödet bör inrättas.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att upphandlingsstödet ges i uppdrag att ta fram en vägledning avseende inköpssamordning samt verka för att uppdragsutbildning avseende offentlig upphandling anordnas (avsnitt 3.5 och 3.6).
- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att statistikmyndigheten får uppdraget att samla in och göra tillgänglig sådan forskning som är relevant för upphandlande myndigheter och enheter. Sådant uppdrag bör åvila Konkurrensverket (avsnitt 3.6).
- Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan en ökad användning av dialog i offentliga upphandlingar förstärka möjligheterna att åstadkomma goda affärer. Dialoger kan dock medföra ökade risker för anbudskarteller och bör därför genomföras på ett sätt som motverkar att sådana risker uppkommer (avsnitt 4.2.6).
- Den förslagna höjningen av direktupphandlingsgränserna bör genomföras (avsnitt 4.3).
- De skäl som enligt utredningen motiverar en översyn över tillämpningen av de allmänna unionsrättsliga principerna på kontrakt som faller utanför direktivens tillämpningsområde och som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse är inte tillräckligt djuplodande. En sådan översyn bör föregås av en mer omfattande analys (avsnitt 4.3.12).
- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att all annonsering enligt LOU och LUF ska ske i godkända databaser samt att sådant godkännande ska göras av statistikansvarig myndighet (avsnitt 4.4).
- Förslaget att upphandlande myndigheten ska få tilldela kontrakt rörande personliga tjänster på grundval av ytterligare kriterier välkomnas. En sådan ordning kräver dock ytterligare utredning kring de konsekvenser avseende transparens som förslaget skulle medföra. Det vore välkommet om upphandlingsstödet ges i uppdrag att ta fram vägledningar och bedriva metodstödsarbetet avseende sådana ramavtal (avsnitt 4.5).
- Utredningens förslag om att koncentrera upphandlingsmål till tre förvaltningsrätter och en kammarrätt välkomnas. En sådan förändring måste dock kompletteras med andra åtgärder för att få önskad effekt (avsnitt 5.2.2).
- Konkurrensverket välkomnar utredningens förslag att tillåta temporära direktupphandlingar under pågående överprövning. Konsekvenserna av en sådan förändring behandlas dock inte i tillfredsställande utsträckning

(avsnitt 5.4). Den föreslagna medlingsfunktionen bör inrättas och placeras hos Konkurrensverket (avsnitt 5.5).

- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att upphandlingsstödet får ansvar för insamling och spridning av erfarenheter i syfte att främja transformativa lösningar i offentlig sektor (avsnitt 7.3).
- Det allmännas tillämplande av miljökrav respektive sociala krav i upphandlingar bör alltid föregås av ett övervägande huruvida sådana krav är lämpliga i den aktuella upphandlingen eller om det finns andra åtgärder, däribland lagstiftningsåtgärder, som är mer ändamålsenliga och effektiva för att uppnå önskade resultat.
- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om framtagande av kriterier m.m. för socialt och miljömässig ansvarsfull offentlig upphandling. Utredningen har emellertid inte i tillräcklig utsträckning beaktat de negativa konsekvenser som kan följa av den ökade standardisering som ett samordnat kriteriearbete kan medföra (avsnitt 8.2).
- Den föreslagna begränsningen av samarbete avseende social och miljömässig upphandling till att endast omfatta övriga nordiska länder är inte motiverad. Samarbete bör därför även ske med andra (icke-nordiska) länder.
- Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om införandet av reserverade kontrakt i LOU och LUF (avsnitt 8.4).
- Konkurrensverket är positivt till utredningens bedömning att Konkurrensverket även fortsättningsvis ska inneha rollen som ansvarig myndighet för upphandlingsstatistik och tillstyrker i huvudsak utredningens förslag avseende insamling av upphandlingsstatistik.
- Eventuellt genomförande av föreslagna lagstiftningsåtgärder bör ske först i samband med implementering av nya upphandlingsdirektiv.

Innehåll

Allmänt.....	5
Strategisk upphandling.....	6
Produktstöd	6
Utvärderingsmodeller	7
Kontraktsuppföljning	7
Inköpssamverkan.....	8
Förbättrad upphandlingskompetens	9
Elektronisk upphandling	10
Prioriterade lagstiftningsåtgärder	10
Nya beloppsgränser och dokumentationsplikt	11
De grundläggande principerna och direktupphandling.....	13
Annonsering av upphandlingar	13
Enskildas behov och val inom ramavtal där samtliga villkor är fastställda	14
Prövning av upphandlingsmål	15
Koncentration till färre domstolar	15
Medlingsfunktion.....	16
Inrättande av en särskild nämnd	16
Avgift för att ansökan om överprövning och fördelning av rättegångskostnader	17
Särskilt om direktupphandling under pågående överprövningsprocess	17
Centrala aspekter på social och miljömässigt ansvarsfull offentlig upphandling	17
Innovationsfrämjande, effektiv och miljöanpassad upphandling	18
Livscykelkostnader	19
Sociala hänsyn i offentlig upphandling	19
Små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.....	20
Statistik om offentlig upphandling	21
Upphandlingsstatistiken ska baseras på uppgifter i annonser	21
Kompletterande uppgifter ska samlas in	21
Uppgifter som ska samlas in ur annonserna.....	21
Uppgifter som bör hämtas ur efterannonserna.....	22
Statistik om valfrihetssystem enligt LOV	22
Övriga synpunkter avseende upphandlingsstatistik.....	23

Allmänt

Utredningens slutbetänkande, liksom Konkurrensverkets remissvar, presenteras i en tid när flertalet stora förändringar är att vänta på upphandlingsområdet. Av särskild vikt är de förhandlingar som för närvarande (maj 2013) pågår på unionsnivå om ett nytt klassiskt upphandlingsdirektiv respektive ett nytt direktiv för upphandling inom försörjningssektorerna. Därutöver pågår förhandlingar om ett direktiv avseende tilldelning av koncessioner.

Trots att utredningsdirektiven har begränsat slutbetänkandet till att endast omfatta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandlingar inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) önskar Konkurrensverket påtala att flera av de områden som behandlas i slutbetänkandet, däribland förhöjda direktupphandlingsgränser, forumfrågor för överprövningsmål samt upphandlingsstatistik, har gemensamma beröringspunkter med annan närliggande lagstiftning, särskilt lagen (2011:1029) om upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS) och lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). Konkurrensverket kommenterar därför vissa av dessa gemensamma beröringspunkter. Vidare bör samtliga eventuella åtgärder som vidtas med anledning av slutbetänkandet, och då särskilt lagstiftningsåtgärder, enligt Konkurrensverkets uppfattning föregås av en analys huruvida motsvarande eller liknande förändringar även bör införas i dessa närliggande lagar.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör samtliga eventuella lagstiftningsåtgärder som kan komma att vidtas till följd av de förslag som utredningen presenterar ske i samband med implementering av de nya upphandlingsdirektiv som för närvarande är under förhandling. Lagstiftningsåtgärder som sker *före* sådan implementering riskerar att träda i kraft kort tid före implementering. Lagändringar skulle därmed ske omotiverat ofta och med kort mellanrum, vilket kan skapa onödiga oklarheter och inläsningsåtgärder för alla berörda parter. Ett sådant agerande bör därför undvikas.

Det är i nuläget oklart när eventuella nya upphandlingsdirektiv kan komma att antas och därmed också vid vilken tidpunkt som implementeringsfristerna kommer att löpa ut. Till skillnad från vad utredningen skriver är det därför inte möjligt att ange några konkreta datum för åtgärder som ska vidtas i samband med implementeringsfristen löper ut.

Vid tidpunkten för Konkurrensverkets upprättande av remissvar är det vidare oklart vilka åtgärder som kommer att vidtas i anledning av Upphandlingsstödsutredningens betänkande *Upphandlingsstödet framtid* (SOU 2012:32). Detta till trots fäster utredningen stort förtroende till de uppgifter som ett sådant framtida stöd är tänkt att ansvara för. Enligt Konkurrensverkets uppfattning finns det emellertid inte skäl att kommentera sådana organisatoriska frågor i det här sammanhanget. Konkurrensverket använder därför termen "upphandlingsstödet" för att beskriva

den framtida upphandlingsstödfunktionen, oaktat i vilken form sådan verksamhet kommer att bedrivas.

Konkurrensverket vill uppmärksamma att det övergripande beslutet att upphandla ett kontraktsföremål istället för att utföra det själv vilar på respektive myndighet eller enhet i det enskilda fallet. Ett sådant vägval bör föregås av noggrann analys och ett genomtänkt ställningstagande.

Strategisk upphandling

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om nationell handlingsplan för offentlig upphandling (avsnitt 3.3.2).

Konkurrensverket instämmer i utredningens uppmärksammande om att det har varit svårt för enskilda myndigheter och enheter att väva samman olika hänsyn i upphandlingar och samtidigt uppnå goda affärer. Detta bland annat till följd av splittrade politiska ställningstaganden och en avsaknad av gemensamma strategier. Konkurrensverket anser därför att en mer samordnad upphandlingspolitik skulle gynna både upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer. Ett förstärkt fokus på och förbättrad kunskap om offentlig upphandling kan dessutom bidra till att fler anbudsgivare deltar i upphandlingar, vilket i sin tur medför bättre konkurrens och ökade samhällsvinster.

Som Konkurrensverket påtalat i sitt yttrande över delbetänkandet¹ gagnas den offentliga upphandlingen av att upphandlingsfunktionen på en myndighet integreras i verksamheten på ett mer strategiskt sätt, till exempel genom att funktionens roll lyfts fram samt att denna är direkt underställd ledningsfunktionen. Konkurrensverket delar därför utredningens bedömning att det är av stor vikt att varje myndighet och enhet har dokumenterade rutiner och processer som stödjer upphandlingsfunktionerna.

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att upphandlingsstödet ska utveckla och genomföra särskilda informationsinsatser avseende upphandlingens strategiska betydelse för myndigheternas ledning samt att strategisk offentlig upphandling införs på kurser för ledare inom staten.

Produktstöd

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om att särskilda produkt-kategoristöd inrättas i syfte att tillhandahålla branschspecifika vägledningar om bland annat metoder för marknadsanalys, exempel på kvalitetskrav och tilldelningskriterier, uppföljning och utvärdering m.m. (avsnitt 3.4). Upphandlingsstödet bör dock inte ägna sig åt att utforma specifika kontraktsvillkor eller

¹ Konkurrensverkets yttrande över Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) s. 19 f. Dokumentet finns tillgängligt på Konkurrensverkets hemsida:
<http://www.kkv.se/Diariet/arende.asp?id=21841&b=1>

standardavtal. Sådant behov bör istället tillgodoses av myndigheter/enheter, den privata rådgivningsmarknaden, berörda parter respektive branschorganisationer. Konkurrensverket ser däremot inget hinder i att upphandlingsstödet tillhandahåller vägledning till upphandlande myndigheter och enheter genom att ge exempel på typer av avtalsvillkor som kan vara av vikt för specifika branscher. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är en sådan stödinsats påkallad.

Utvärderingsmodeller

Konkurrensverket vill betona vikten av att en upphandling föregås av en noggrann och välgrundad analys avseende vilka kvalitetskrav som är lämpliga att använda. Konkurrensverket ser positivt på användningen av absoluta utvärderingsmodeller, bland annat eftersom utvärderingen av ett visst anbud sker på grundval av dess egna kvaliteter och inte påverkas av hur övriga anbud i upphandlingen utformats. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att relativa anbudsutvärderingsmodeller kan vara problematiska. Detta särskilt med hänsyn till att sådana modeller inte innebär någon garanti för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet faktiskt antas. Relativa utvärderingsmodeller kan också innebära en risk för att myndigheten öppnar för en osund strategisk anbudsgivning från potentiella leverantörer. Något allmänt förbud att använda relativa utvärderingsmodeller finns däremot inte, vare sig i upphandlingsdirektiven, svensk lagstiftning eller rättspraxis.

Kontraktsuppföljning

Konkurrensverket delar utredningens bedömningar avseende vikten av att ställa välavvägda kvalitetskrav respektive genomföra ändamålsenliga avtalsuppföljningar. Relevant avtalsuppföljning är avgörande för att den upphandlande myndigheten/enheten ska kunna kontrollera att avtalsparterna håller sig till vad som har efterfrågats i upphandlingen. Genom uppföljning kan även eventuella brister i avtalet och potentiella förbättringar inför framtida upphandlingar synliggöras. Därmed ökar förutsättningarna för bättre upphandlingar och fler goda affärer.

Konkurrensverket vill betona betydelsen av att använda vitesklausuler och andra lämpliga instrument i offentliga kontrakt i syfte att undvika avtalsöverträdelser samt att säkerställa att erforderliga åtgärder står till förfogande vid eventuella överträdelser. Därigenom kan man säkerställa att kraven i upphandlingen upprätthålls under hela avtalstiden. Krav utan uppföljning eller möjlighet till åtgärder vid leverantörens avtalsbrott riskerar att i praktiken inte få de praktiska konsekvenser som varit avsedda.² Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan utrymmet för utformning av kommersiella villkor i upphandlingskontrakt användas mer

² Se vidare Konkurrensverkets rapport *Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen* (2009:2) avseende myndigheters användande av anti-diskrimineringsklausuler. Rapporten finns tillgänglig på Konkurrensverkets hemsida:
http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2009-2.pdf

effektivt och ändamålsenligt i dessa avseenden än vad som i allmänhet sker i dagsläget. Konkurrensverket vill även uppmärksamma att en avsaknad av en myndighets eller enhets avtalsuppföljning kan medföra konsekvenser som är oförenliga med upphandlingslagstiftningen, eftersom ett avtalsbrott från leverantörens sida (som inte upptäcks till följd av utebliven avtalsuppföljning) kan innebära en väsentlig och därmed förbjuden förändring av det ingångna kontraktet.³

Betydelsen av uppföljning medför höga krav på upphandlande myndigheter och enheter samt på de stödåtgärder som upphandlingsstödet ska tillhandahålla på området.

Inköpsamverkan

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att Statens inköpscentral (SIC) ges ett uppdrag att vid behov bistå myndigheter som avropar från SIC:s ramavtal (avsnitt 3.5.6).

Konkurrensverket har vid flera tillfällen i sin verksamhet, bland annat genom kontakter med upphandlande myndigheter, noterat ett behov av sådan hjälp från den som genomfört ramavtalsupphandlingen och därmed bör känna till ramavtalens innehåll och omfattning bäst.

Konkurrensverket tillstyrker även utredningens förslag att SIC ges i uppdrag att utreda om den danska modellen med ramavtal som är förpliktande för upphandlande myndigheter/enheter skulle kunna införas i Sverige. Genom att ramavtalen är förpliktande även för de upphandlande myndigheterna kan förutsebarheten för leverantörerna antas öka, vilket kan leda till bättre möjligheter för dem att lämna väl avvägda och konkurrenskraftiga anbud. Detta torde även gynna de upphandlande myndigheterna.

Konkurrensverket uppmärksammar de negativa konsekvenser för små- och medelstora leverantörer som inköpsamordning kan medföra. Sådana leverantörer kan i allmänhet ha svårt att leva upp till de ökade volymer som inköpsamordning medför och har ofta svårare att tillhandahålla tjänster som ska utföras inom ett större geografiskt område.

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att upphandlingsstödet ska ges i uppdrag att skriva en vägledning avseende inköpsamordning samt att särskild fokus läggs på mindre kommuners behov av stöd (avsnitt 3.5.6).

Konkurrensverket instämmer i konstaterandet att det finns behov av att lyfta frågor om inköp till en strategisk nivå för att på så sätt höja förutsättningarna för upphandlande myndigheter och enheter att göra såväl korrekta upphandlingar som bra inköp ur ett affärsmässigt perspektiv. Det vore olämpligt att ålägga

³ Se bland annat mål C-454/06 *Pressetext*.

myndighetschefer en skyldighet att personligen underteckna avstegsanmälningar. Enligt Konkurrensverkets uppfattning skulle utredningens förslag innebära en alltför långtgående detaljstyrning av myndigheters verksamhet. Dessutom kan det sända en signal att avsteg är olämpligt, vilket inte torde vara utredningens avsikt. Det bör lämnas åt myndigheterna själva att, liksom i fråga om andra administrativa rutiner, besluta om lämpliga rutiner i dessa fall.

Konkurrensverket kan förstå att det har framförts önskemål om klargörande av vilka åtgärder som krävs för att en upphandlande myndighet ska vara berättigad att avropa från ett ramavtal. Detta inte minst mot bakgrund av att frågeställningen har diskuterats i förhållandevis stor utsträckning efter de två domarna från förvaltningsrätt som berört frågan respektive Konkurrensverkets yttrande i ett av dessa mål.⁴ Det framgår inte hur utredningen har tänkt att detta klargörande ska utformas, utan bara att det ska ske vid implementering av de nya upphandlingsdirektiven. Det är dock en förhållandevis komplicerad fråga som inte bara berör upphandlingsrättsliga aspekter, där förändringar finns med i förslaget till nytt klassiskt direktiv avseende regleringen av ramavtal och rätten att tilldela kontrakt baserade på ramavtal, utan även andra rättsområden som avtalsrätt. Konkurrensverket förutsätter att frågan kommer att analyseras ytterligare innan ett förslag läggs fram. Möjligen kan frågan omhändertas i samband med SIC:s utredning av frågan om förpliktande ramavtal, så att denna utredning ges ett något bredare anslag.

Förbättrad upphandlingskompetens

Konkurrensverket ser positivt på de åtgärder utredningen har föreslagit i syfte att höja och säkerställa kompetensen hos upphandlingsansvariga på myndigheter och enheter (avsnitt 3.6).

Enligt Konkurrensverkets krävs ett mångfacetterat angreppssätt för att lyfta den offentliga upphandlingens strategiska potential och uppnå goda affärer. I sådant sammanhang ska bland annat krav på kvalitet till lägsta möjliga totalkostnad vävas samman med innovationsfrämjande åtgärder och miljömässig respektive socialt hållbar utveckling samtidigt som en god konkurrens på marknaden ska säkerställas.

Konkurrensverket anser att ansvaret för forskningen om offentlig upphandling bör ligga kvar på Konkurrensverket, även för det fall nya forskningsanslag kommer att tillföras. Konkurrensverket har en väl fungerande och väletablerad organisation som främjar forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet. Till myndigheten finns även ett råd knutet, Rådet för forskningsfrågor, med

⁴ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2012 i mål mellan Toshiba TEC Nordic AB och SKL Kommentus Inköpscentral AB (mål nr 1857-12), Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 25 februari 2013 i mål mellan OneMed Sverige AB och SKL Kommentus Inköpscentral AB (mål nr 200094-12) respektive Konkurrensverkets yttrande den 30 maj 2012 i mål mellan Toshiba TEC Nordic AB och SKL Kommentus Inköpscentral AB (mål nr 1857-12) (Dnr 285/2012).

kvalificerade företrädare för universitet, andra forskningsinstitutioner och myndigheter. Vidare finns ett antal disputerade ekonomer anställda på myndigheten som kan bidra till kvalitetssäkring av forskningsprojekten. Konkurrensverket har således en anpassad organisation och god erfarenhet av att arbeta med forskningsprojekt samt ett väl uppbyggt nätverk. Därutöver vill Konkurrensverket uppmärksamma att verket även ansvarar för anslag som avser konkurrensforskning. Forskningen på konkurrens- respektive upphandlingsområdet överlappar varandra i stor utsträckning och gränsen mellan dessa två områden är ofta diffus och kan vara svår att fastställa. Att dela upp forskningsanslagen för de två områdena på olika myndigheter skulle motverka effektiv forskning och vore därför olyckligt.

Elektronisk upphandling

Konkurrensverket instämmer i vad utredningen anför om e-upphandling (avsnitt 3.7). Konkurrensverket vill dock erinra om att e-upphandling inte löser problem som är inneboende i en organisation utan ställer, precis som den traditionella upphandlingsprocessen, mycket höga krav på kompetens och resurser.

Prioriterade lagstiftningsåtgärder

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att en ökad användning av dialog i offentliga upphandlingar förstärker möjligheterna att åstadkomma goda affärer (avsnitt 4.2.6).

Konkurrensverket ser dialog som ett moment som sker i upphandlingens inledande faser, det vill säga före en annonsering. Verket vill dock uppmärksamma de ökade risker för anbudskarteller som kan uppstå genom dialogmöten. Om flera potentiellt konkurrerande anbudsgivare bjuds in och närvarar vid samma möte inför en enskild upphandling uppmärksammas dessa om vilka konkurrenter som också är intresserade av att delta i upphandlingen. En sådan insikt kan underlätta identifieringen av eventuella kartellsamarbetspartner. Gemensamma möten kan öka risken för kartellbildning även i situationer då anbudsgivarna redan har kunskap om vilka konkurrenter som också kommer att delta i en specifik upphandling, eftersom leverantören kan använda mötet till att ta initiativ till att samordna sitt agerande i upphandlingen.

Enligt Konkurrensverket bör dialoger genomföras på ett sätt som motverkar att ovan beskrivna risker uppkommer, i första hand genom att den upphandlande myndigheten genomför separata möten med respektive leverantör. Den upphandlande myndigheten måste då särskilt säkerställa likabehandling av leverantörerna, exempelvis vid lämnande av information som kan vara av vikt för efterföljande anbudsgivning. Konkurrensverket anser därför att det är lämpligt att den upphandlande myndigheten dokumenterar dialogen i syfte att säkerställa att alla potentiella leverantörer får ta del av samma information.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan ökad användning av förhandling leda till att upphandlande myndigheter/enheter uppnår bättre ekonomiska och kvalitetsmässiga resultat i sina upphandlingar (avsnitt 4.2.9). Konkurrensverket har i tidigare yttranden⁵ ställt sig positivt till ökade möjligheter till förhandling som en väg att förenkla och förbättra upphandlande myndigheters/enheters möjlighet att uppnå bättre ekonomiska och kvalitetsmässiga resultat. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det behövs ett samordnat och breddat stöd för användningen av förhandling, eftersom ett sådant förfarande ofta ställer höga krav på upphandlande myndigheters kompetens och förmåga att planera och genomföra förhandlingar.

Nya beloppsgränser och dokumentationsplikt

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om att införa höjda direktupphandlingsgränser samt de föreslagna nivåerna för dessa gränser (avsnitt 4.3). Enligt Konkurrensverket är det positivt att de föreslagna beloppsgränserna baseras på ekonomisk forskning och att det föreslås att höjningen ska följas upp efter tre år. Det vore även en förenkling om gränserna fastställs till jämna belopp och inte som i nuläget utformade som en procentsats av tröskelvärdena (vilka är föremål för revidering vartannat år).

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att det införs en dokumentationsplikt vid direktupphandling över 100 000 kr (avsnitt 4.3.10).

En återkommande fråga till Konkurrensverket rör hur man ska bedöma om det är möjligt att genomföra en direktupphandling med åberopande av att värde på det aktuella kontraktet understiger direktupphandlingsgränsen. Enligt 15 kap. 3 a § LOU får en upphandling inte delas upp i mindre delar för att komma under direktupphandlingsgränsen. Det är inte förbjudet att dela upp en upphandling, men det måste då finnas praktiska och objektiva skäl för en uppdelning. Vid beräkningen av vilket värde ett kontrakt ska anses uppgå till ska myndigheten även beakta värdet av vissa andra direktupphandlingar om dessa gäller varor och tjänster av samma slag. Om de olika direktupphandlingarna *sammanräknat* under ett räkenskapsår överskrider beloppsgränsen ska vart och ett föregås av en annonserad upphandling. Vid beräkning av direktupphandlingsutrymmet måste alla inköp av *samma slag* räknas ihop. Direktupphandlingar är av samma slag när varorna och/eller tjänsterna typiskt sett tillhandahålls av en och samma leverantör, det vill säga när en leverantör i normalfallet skulle vara intresserad av att lämna anbud i alla upphandlingar.

⁵ Konkurrensverkets yttrande över utredningens delbetänkande (Dnr 763/2011) respektive remissvar avseende kommissionens grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (Dnr 141/2011).

Konkurrensverket har i sitt tillsynsarbete uppmärksammat att det ofta saknas samlad kunskap inom myndigheter om vilka köp av varor och tjänster som är av samma slag. Denna bristande kontroll kan få till följd att myndigheten riskerar att göra en överträdelse av regelverket. Den föreslagna dokumentationsplikten kan således bli ett stöd för upphandlande myndigheter som därigenom får bättre överblick och kontroll över vad de faktiskt köper in, även under direktupphandlingsgränsen. I kombination med en mer strategisk syn på inköpsverksamheten kan detta leda till en ökad regelbundenhet och att myndigheter inte förbiser en annonseringsskyldighet avseende vissa inköp. Detta kan i sin tur leda till en ökad möjlighet för leverantörer att kunna lämna anbud och därmed en förbättrad konkurrensutsättning av kontrakt.

Enligt Konkurrensverket bör det tydliggöras i lagtexten vad som ska omfattas av dokumentationsplikten så att det inte uppstår oklarheter kring vad som utgör exempelvis "väsentliga omständigheter" i en upphandling. Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör, under alla omständigheter, uppgifter om organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer) för vart och ett av de företag som deltagit i konkurrensutsättningen ingå i de uppgifter som ska samlas in för kontrakt vars värde överstiger 100 000 kr. Konkurrensverket anser vidare att det är viktigt att dokumentationen följer ett enhetligt format i syfte att dessa kan aggregeras och läggas till grund för statistik och analyser. Dokumentationsplikten bör heller inte göras alltför omfattande, eftersom förenklingen därmed skulle kunna gå förlorad. Det är positivt att det föreslås en uppföljning på området efter tre år.

Konkurrensverket delar utredningens bedömning att det inte bör införas olika gränser för när annonseringsskyldighet respektive rättsmedel börjar gälla. Det bör heller inte införas några upphandlingsrättsliga sanktioner för brister i dokumentationsplikt under direktupphandlingsgränsen. Enligt Konkurrensverkets mening kan sådan efterlevnad tillgodoses inom ramen för nuvarande verksamhetsrevision.

Konkurrensverket tillstyrker att upphandlande myndigheter och enheter vid behov ska införa riktlinjer för direktupphandlingar. Konkurrensverket instämmer vidare i utredningens bedömning att man vid direktupphandling bör tillfråga flera leverantörer. Konkurrensverket instämmer vidare i utredningens bedömning att det saknas skäl att införa särskilda definitioner avseende direktupphandlingar eller en särskild modell för beräkning av kontraktsvärdet. En sådan ordning skulle kunna öka svårigheterna i att tolka regelverket.

De grundläggande principerna och direktupphandling

Konkurrensverket anser att de skäl som enligt utredningen motiverar en översyn över tillämpningen av de allmänna unionsrättsliga principerna på kontrakt som faller utanför direktiven och saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse inte är tillräckligt djuplodande. En sådan översyn bör enligt Konkurrensverket föregås av en mer omfattande analys.

Konkurrensverket vill betona att även avtal som ingås genom en direktupphandling (det vill säga utan föregående annonsering) omfattas av de allmänna unionsrättsliga principerna för det fall kontraktet har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Att teckna kontrakt utan föregående annonsering är således oförenligt med unionsrätten om det finns ett sådant intresse. Kontraktet utgör då en *otillåten direktupphandling*. Att påstå att direktupphandling aldrig behöver annonseras är därför en felaktig slutsats då ett sådant konstaterande endast omfattar *tillåtna direktupphandlingar*.

Konkurrensverket vill också uppmärksamma den gränsdragningsproblematik som kan uppstå vid försök att särskilja kontrakt som inte omfattas av direktiven och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse från kontrakt som inte omfattas av direktiven, men som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Annonsering av upphandlingar

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att all annonsering ska ske i allmänt tillgängliga och godkända databaser samt att dessa ska godkännas av den statistikansvariga myndigheten (avsnitt 4.4.4).

Vad gäller de krav som bör ställas för att en annonsdatabas ska kunna bli godkänd vill Konkurrensverket påtala att annonsdatabaser som omfattar direktivstyrd kontrakt även måste vara kvalificerad som e-Sender, dvs. ha möjlighet att publicera annonser i TED. Som tidigare påtalats finns det särskilda skäl att denna ordning även ska gälla för upphandlingar enligt LUF5.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning skulle frågeställningar rörande annonsdatabaser vinna på att behandlas tillsammans med frågeställningar om e-upphandlingssystem, eftersom de två områdena har flera gemensamma beröringspunkter. Skälet till detta är att det bedöms sannolikt att leverantörer som offererar antingen en annonsdatabas eller ett e-upphandlingssystem framöver kommer att offerera bägge delar i en integrerad lösning.

Konkurrensverket betonar vikten av att uppdragsförhållandet tydliggörs mellan den upphandlande myndigheten och leverantören av den godkända annonsdatabasen som får myndighetens uppdrag att publicera en upphandlingsannons. De leverantörer som tillhandahåller en sådan annonsdatabas bör ha ett ansvar för att kontrollera att en myndighet eller enhet har angett alla uppgifter som är obligatoriska att ange i en annons innan den publiceras. Leverantören av

annonsdatabasen bör också ha en skyldighet att följa upp att kravet på efterannonsering etc. uppfylls samt att utan kostnad lämna över sådana uppgifter till den myndighet som ansvarar för upphandlingsstatistiken.

Konkurrensverket anser att huvudregeln bör vara att informationen om aktuella (pågående) upphandlingar ska vara gratis. Godkända annonsdatabaser bör vara förhindrade att ta betalt för att lämna ut uppgifter om pågående annonseringar som de fått i uppdrag att förmedla. Detta bör även gälla när en annonsdatabas begär uppgifter från en annan annonsdatabas. I dessa fall bör uppgifterna lämnas omedelbart och utan kostnad. Godkända annonsdatabaser bör som huvudregel täcka sina kostnader för att kvalitetssäkra annonserna, och för arbetet med att lämna uppgifter till den myndighet som ansvarar för upphandlingsstatistiken m.m., genom avgifter som tas ut från de upphandlande myndigheter och enheter som köper deras tjänster. Hur annonsdatabaserna tar betalt för sina tjänster bör inte regleras.

Konkurrensverket ser inga hinder för att upphandlande myndigheter som uppfyller de senare fastställda kriterierna också kan vara godkända annonsdatabaser. Detta bör dock i normalfallet endast vara aktuellt för myndighetens egna upphandlingar, eftersom det annars kan bli fråga om en otillåten offentlig säljverksamhet.

Enskildas behov och val inom ramavtal där samtliga villkor är fastställda

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att en upphandlande myndighet, vid ramavtal med i övrigt fastställda villkor, ska få tilldela kontrakt rörande personliga tjänster till en leverantör på grundval av ytterligare två nya kriterier: professionell bedömning av en enskild persons särskilda behov respektive enskild persons val (avsnitt 4.5).

Enligt Konkurrensverkets bedömning är det önskvärt att den enskilde omsorgsgäran får möjlighet att påverka valet av produkt eller tjänst som berör dennes välbefinnande, till exempel hjälpmedel, måltider och färdtjänster. Möjligheterna att öppna upp för ett annat tilldelningsförfarande än de som finns i lagstiftningen idag omnämns även i förslagen till nya direktivförslagen (under förhandling). Konkurrensverket vill dock understryka att de kriterier som avgör vilken av de ekonomiska aktörer som ska vara parter i ett ramavtal måste vara objektiva samt att ramavtal inte får användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

De problem som Konkurrensverket kan förutse med utredningens förslag till nya rangordningsregler härrör sig till kravet på transparens. Ur ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett tillfredsställande mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ett ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Utredningen har lyft fram möjligheterna till fastpris- eller fast kostnadsupphandling (på samma sätt som LOV är

konstruerad), vilket medför att myndigheten enbart viktar leverantörerna utifrån kvalitet. Detta kräver dock att myndigheten har god kunskap om vad som avses med kvalitet, något som kan vara svårt att definiera inom vissa vårdformer. En bestämmelse om ramavtal med möjligheter för den enskilde att välja utförare behöver enligt Konkurrensverket belysas ytterligare ur ett transparensperspektiv.

Prövning av upphandlingsmål

Konkurrensverket har i sitt yttrande över utredningens delbetänkande erinrat om att viss försiktighet bör iakttas med införande av ny ordning eller förutsättningar för prövning av överprövningsmål.⁶ Konkurrensverket vidhåller uppfattningen.

Av den statistik som Konkurrensverket erhållit från Domstolsverket kan följande utläsas. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) fattade beslut i nio upphandlingsmål under 2012. Den genomsnittliga handläggningstiden från den dag målet inkom till en förvaltningsrätt till dess att HFD fattat beslut uppgick till 13,2 månader. Den längsta handläggningstiden för ett enskilt mål uppgick till knappt två år.

I de upphandlingsmål som beviljades prövningstillstånd i kammarrätterna under 2012 uppgick den genomsnittliga handläggningstiden från den dag då målet inkom till en förvaltningsrätt till dess att en kammarrätt fattat beslut till 6,3 månader. Den längsta handläggningstiden för ett enskilt mål uppgick till 16 månader. Det kan vidare utläsas att den sammanlagda handläggningstiden i förvaltningsrätt och kammarrätt väsentligt skiljer sig mellan domstolarna.

Koncentration till färre domstolar

Som ett led i att effektivisera domstolarnas handläggning tillstyrker Konkurrensverket utredningens förslag om att upphandlingsmål koncentreras till tre förvaltningsrätter samt en kammarrätt. Konkurrensverket anser emellertid att en koncentration av överprövningsmål bör följas av riktade utbildningsinsatser för att önskad effekt ska kunna uppnås. En koncentration av överprövningsmål kommer sannolikt att innebära att fler personer på utvalda domstolarna får handlägga och döma i sådana mål, med risk för på kort sikt minskad kvalitet och enhetlighet i dömandet. Redan i dagsläget finns domstolsinterna specialiseringar på flera förvaltningsdomstolar. Dessa innebär att upphandlingsmål koncentreras till vissa handläggare och domare på domstolen. En koncentration av upphandlingsmål till vissa utvalda domstolar riskerar att leda till att domstolar som i dagsläget har sådan intern specialisering istället sprider ut målen på fler handläggare och domare, något som enligt Konkurrensverkets uppfattning skulle motverka det tilltänkta syftet med en koncentration. Den föreslagna förändringen förutsätter därför att sådana negativa konsekvenser inte uppstår. Konkurrensverket instämmer därför i utredningens förslag att domstolarna tillförs särskild

⁶ Konkurrensverkets yttrande Dnr 763/2011 över Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) s. 7 f.

kompetens genom domstolsintern specialisering. Detta bör kunna leda till förbättrade handläggningstider och en mer enhetlig rättspraxis.

Konkurrensverket vill vidare instämma i att den ofta framförda uppfattningen om motstridig rättspraxis delvis kan förklaras av den snabba rättsutvecklingen på området respektive officialprincipens begränsade tillämplighet i överprövningsmål. Överprövningsmål har enligt Högsta förvaltningsdomstolen större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än för förvaltningsdomstolarnas typiska mål, för vilken förvaltningsprocesslagen (1971:291) konstruerats.⁷ Detta ökar sannolikheten för att två identiska mål kan bedömas olika, beroende på hur parterna utformat sin talan.

Medlingsfunktion

Enligt Konkurrensverket är det angeläget att underlätta för upphandling inom områden som inringats av utredningen som särskilt problematiska, bl.a. upphandling av livsmedel, konsulttjänster och byggentreprenader. Konkurrensverket tillstyrker därför utredningens förslag att inrätta en särskild medlingsfunktion med ansvar för att utreda och föreslå lösningar på strukturella problem inom den offentliga upphandlingen i samverkan med berörda parter. Både leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter bör få rätt att ansöka om medling och svara för att funktionen erhåller nödvändigt material. Enligt Konkurrensverkets mening bör denna medlingsfunktion inrättas vid Konkurrensverket. Det bör poängteras att medlingsinstitutet inte får användas för att lösa problem i enskilda upphandlingar, utan endast för lösande av strukturella problem. Enligt Konkurrensverket kan det ifrågasättas om "medlingsfunktion" är en lämplig term i sammanhanget (avsnitt 5.5).

Inrättande av en särskild nämnd

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det inte bör inrättas en särskild nämnd för prövning av upphandlingsmål. Detta särskilt med beaktande av att handläggningstiden med stor sannolikhet inte skulle minska och med risk för att handläggningkostnaderna skulle öka. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att upphandlingsmålen inte ska behandlas av specialdomstol eller särskilda domstolar. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att förkortande av instanskedjan inte är en lämplig åtgärd. Detta bland annat mot bakgrund av att ändringsfrekvensen i upphandlingsmålen är betydande. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att införande av särskilda ledamöter i upphandlingsmål kan leda till ökad legitimitet för domstolsavgöranden, men att sådan ordning även riskerar att bidra till en förlängd handläggningstid (avsnitt 5.2.2).

⁷ Se RÅ 2009 ref. 69.

Avgift för att ansökan om överprövning och fördelning av rättegångskostnader

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att en ansökan om överprövning inte bör avgiftsbeläggas samt att parterna även fortsättningsvis bör stå sina egna kostnader i överprövningsmål (avsnitt 5.3).

Särskilt om direktupphandling under pågående överprövningsprocess

Konkurrensverket välkomnar utredningens förslag om införande av undantag för direktupphandling under pågående överprövning och vid förlängd avtalsspärr i 15 kap. LOU (avsnitt 5.4). Motsvarande regel bör också införas i LUF.

Konkurrensverket anser emellertid att slutbetänkandet saknar erforderlig utredning av eventuella nya problem som kan uppkomma i samband med införande av ett sådant undantag. I denna del vill Konkurrensverket särskilt uppmärksamma följande. I konsekvensanalysen (kapitel 12) saknas analys av de konsekvenser som förslaget skulle innebära för avtal med kort löptid eller som avser enstaka leveranser. Ett ingående av sådant avtal genom direktupphandling under pågående överprövning skulle innebära att avtalet också fullbordas *innan* ansökan om överprövning prövats i domstol. Konkurrensverket påtalar därför att en eventuell lagstiftningsåtgärd på området måste föregås av tillfredsställande utredning. Sådant utredning bör även omfatta de gränsdragningsproblem som kan uppkomma i samband med införande av föreslaget undantag.

Centrala aspekter på social och miljömässigt ansvarsfull offentlig upphandling

Konkurrensverket betonar att det allmännas tillämpande av miljökrav respektive sociala krav i upphandlingar alltid bör föregås av ett övervägande huruvida sådana krav är lämpliga i den aktuella upphandlingen eller om det finns andra åtgärder, däribland lagstiftningsåtgärder, som är mer ändamålsenliga och effektiva för att uppnå önskade resultat.

Konkurrensverket instämmer i utredningens slutsats att det i dagsläget saknas tillfredsställande kunskap om användandet av offentliga upphandlingen som samhällspolitiskt styrmedel och delar uppfattningen att det krävs ytterligare forskning och analys på området. Konkurrensverket vill dock särskilt uppmärksamma den rapport på området som publicerats inom ramen för verkets uppdragsforskning.⁸ I rapporten diskuteras förutsättningar för användande av miljöhänsyn i offentlig upphandling som ett miljöpolitiskt styrinstrument utifrån bland annat kostnadseffektivitet respektive betydelsen för upprätthållande av en väl fungerande konkurrens vid sådana upphandlingar.

⁸ *Miljöhänsyn i offentlig upphandling* (2009:1). Rapporten finns tillgänglig på Konkurrensverkets hemsida:

http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdragsforskning/forsk_rap_miljohansyn_off_upph.pdf

Konkurrensverket ser positivt på utredningens förslag att framtagande av upphandlingskriterier respektive uppföljningsarbete sker i samarbete med andra länder (avsnitt 7.2.7 och 8.2.7). Sådant samarbete kan bidra till säkerställande av god kvalitet, underlätta arbetet för berörda parter (såväl upphandlare som leverantörer) samt antas bidra till en ökad gränsöverskridande handel. Konkurrensverket ifrågasätter dock utredningens förslag att sådant samarbete endast ska ske i samarbete med andra *nordiska* länder. Genom en sådan avgränsning riskerar man att gå miste om erfarenhetsutbyten och synergieffekter som kan uppnås genom utbyte med andra (icke-nordiska) medlemsstater.

Konkurrensverket vill uppmärksamma att samordning av upphandlingskriterier kan resultera i en standardisering av egenskaper hos de produkter som upphandlande myndigheter och enheter köper. Ju mer omfattande samordningen är, desto större likformighet kan komma att skapas. Sådant standardisering kan motverka att upphandlingsmarknader delas upp i en mängd mindre delmarknader samt medföra produktion av större serier, vilket i sin tur kan resultera i lägre priser vid upphandlingar. Enligt Konkurrensverkets uppfattning riskerar sådan likformighet dock att få negativa effekter på marknaden, eftersom samordning av upphandlingskriterier kan hämma innovationer och hindra framtagandet av nya produkter. Utredningen förefaller dock ha bortsett från sådana risker. Vidare kan samordning försvåra för små- och medelstora leverantörer att delta i upphandlingar, eftersom sådana aktörer kan ha svårt att offerera standardiserade produkter eller kontraktsföremål som ingår i större serier. Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör ett framtida kriteriearbete ta hänsyn till de eventuella negativa effekter som kan följa den av utredningen föreslagna samordningen.

Konkurrensverket finner visserligen inte anledning att ifrågasätta utredningens slutsatser avseende hur långtgående krav och kriterier av miljö- och social hänsyn som EU-rätten tillåter, men vill särskilt instämma i att rättsläget är oklart samt betona att klarhet skapas genom lagstiftningsåtgärder eller rättspraxis (avsnitt 6.3).

Innovationsfrämjande, effektiv och miljöanpassad upphandling

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det är av yttersta vikt att krav som avser miljöhänsyn i offentlig upphandling, i de situationer de ska användas, är genomtänka, relevanta och effektiva. Konkurrensverket delar utredningens bedömning att kontroll och uppföljning är ett eftersatt område samt att detta i sin tur kan leda till fördyrande av upphandlingar (avsnitt 7.1 – 7.2). EU-kommissionen har påbörjat ett arbete med gemensamma miljökrav för att harmonisera dessa och enligt Konkurrensverket bör Sverige verka för att sådana kriterier tillämpas i högre grad.⁹

⁹ Se Konkurrensverkets yttrande över utredningens delbetänkande, s. 16.

Konkurrensverket tillstyrker förslag att ge SIC i uppgift att, i dialog med berörda myndigheter och marknadsaktörer, identifiera områden där behovet av transformativa lösningar är särskilt stort och där offentlig sektor kan bidra till en bättre miljö. Konkurrensverket tillstyrker även utredningens förslag att upphandlingsstödet får rollen att organisera samarbetskluster med deltagare från både upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer samt sprida erfarenheter i syfte att främja transformativa lösningar i offentlig sektor (avsnitt 7.3).

Livscykelkostnader

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning avseende möjligheterna att anlägga ett livscykelkostnadsperspektiv vid offentlig upphandling (avsnitt 7.4).

I de konsoliderade utkasterna till nya direktiv för den klassiska sektorn¹⁰ respektive för försörjningssektorerna¹¹ (båda föremål för förhandling) har tilldelningskriteriet "lägsta pris" utgått och ersatts av "lägsta kostnad". Begreppet "kostnad" ska enligt förslagen bedömas antingen endast på grundval av pris eller genom en analys av kostnadseffektivitet genom exempelvis en analys av livscykelkostnader. Vid beräkning av livscykelkostnader ska direkta monetära kostnader beaktas. Därutöver kan även externa miljökostnader beaktas förutsatt att dessa kan beräknas i ekonomiska termer och kan verifieras/kontrolleras.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att beräkning av kostnader kan vara förknippad med stora svårigheter, särskilt i de fall externa kostnader ska inkluderas. Det kan även antas vara svårt att avgöra i vilka upphandlingar sådana externa kostnader ska beaktas. Enligt Konkurrensverket är det därför av vikt att man inledningsvis fokuserar på att identifiera de produktområden som är lämpliga för beaktande av externa kostnader vid anbudsutvärdering.

Sociala hänsyn i offentlig upphandling

I de fall det är lämpligt att använda sociala krav i upphandlingar måste den upphandlande myndigheten eller enheten göra ett noggrant övervägande huruvida ett tilltänkt krav är förenligt med gällande rätt. Sådan bedömning försvåras av att rättsläget, precis som utredningen påtalar, bitvis är oklart. Nämnda oklarhet medför att det föreligger stort behov av upphandlingsstödande åtgärder avseende sociala hänsynstaganden i upphandlingar. Området behöver därför bli föremål för fördjupande analyser och metodutveckling.¹²

¹⁰ Artikel 66.1 i förslaget till nytt klassiska direktiv, 2011/0438 (COD), 16725/1/12 REV 1.

¹¹ Artikel 76. 1 förslaget till reviderat försörjningsdirektiv, 2011/0439 (COD), 16729/1/12.

¹² Se även Konkurrensverkets yttrande över delbetänkandet.

Konkurrensverket instämmer också i utredningens konstaterande att den nuvarande avsaknaden av samordning av kriterieutformning för sociala krav är otillfredsställande och välkomnar därför en utveckling av sådan verksamhet. De risker som kan vara förknippade med sådan samordning betonas (se avsnitt 6 ovan).

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om att kriterier ska antas efter diskussion med berörda parter (avsnitt 8.2.4) samt att uppdraget att leda och samordna sådant arbete ges till upphandlingsstödet (avsnitt 8.2.5). Den rådande komplexiteten på området, bland annat gällande utformning av kriterier som är förenliga med ett ibland komplicerat och oklart rättsläge, ställer stora krav på det upphandlingsstödjande arbetet.

Konkurrensverket har inget att invända mot utredningens redogörelse över gränsdragning mellan upphandlings- respektive bidragssituationer, men betonar att rättsläget i vissa avseenden är oklart. Enligt Konkurrensverket kan det därför antas att upphandlande myndigheter och enheter skulle ha nytta av en vägledning som tydliggör sådan gränsdragning (avsnitt 8.3.3). Komplexiteten i rättsområdet ställer höga krav på dess utformning.

Konkurrensverket uppmärksammar att kommissionen, efter publicerandet av slutbetänkandet, har offentliggjort ett arbetsdokument avseende vägledning om hur unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse (SWD[2013] 53 final/2).¹³

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det inte går att särbehandla icke-vinstsyftande organisationer på ett positivt sätt genom att utesluta vinstdrivande företag i en offentlig upphandling (avsnitt 8.3.4), men betonar att det får anses föreligga viss osäkerhet i rättsläget.

Konkurrensverket välkomnar utredningens förslag att implementera bestämmelser om reserverade kontrakt i LOU och LUF (avsnitt 8.4).

Små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling

Konkurrensverket konstaterar att utredningen inte presenterar några särskilda förslag i syfte att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Konkurrensverket delar utredningens bedömning att det vore problematiskt ur likabehandlingssynpunkt att införa särskilda regler för en viss kategori av leverantörer. Sådana regler riskerar också att komplicera regelverket ytterligare samt omforma marknader på ett sätt som vare sig är förutsägbart eller önskvärt. Konkurrensverket tillstyrker således utredningens förslag i denna del (avsnitt 9.7).

¹³ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_sv.pdf

Statistik om offentlig upphandling

Upphandlingsstatistiken ska baseras på uppgifter i annonser

Utredningen föreslår att den nationella upphandlingsstatistiken i huvudsak ska baseras på de uppgifter som myndigheter respektive enheter anger i sina annonser. För upphandlingar enligt LOU och LUF som understiger tröskelvärdena föreslås att kraven på vilka uppgifter som en annons ska innehålla utvidgas. Sådana upphandlingar ska också efterannonseras. Godkända annonsdatabaser ska en gång per år leverera de efterfrågade uppgifterna till den statistikansvariga myndigheten.

Konkurrensverket ställer sig bakom intentionerna i utredningens förslag, men anser att det bör modifieras i vissa avseenden. Konkurrensverket anser att insamlingen av statistik om offentliga upphandlingar ska samordnas med utredningens förslag om en dokumentationsplikt för direktupphandlingar vars värde överstiger 100 000 kr (avsnitt 4.3). Konkurrensverket anser därför att en enhetlig dokumentationsplikt bör införas för samtliga kontrakt vars förväntade värde överstiger 100 000 kr och som omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Kompletterande uppgifter ska samlas in

Utredningen bedömer att informationsinhämtningen via annonser och efterannonser behöver kompletteras med en direkt uppgiftslämning från upphandlande myndigheter och enheter. Det gäller framför allt uppgifter om de faktiska inköpen från upphandlade avtal, inklusive avrop från ramavtal och ersättning enligt LOV. I takt med att de upphandlande myndigheterna och enheterna skaffar sig elektroniska system för att genomföra upphandling och beställningar kommer ett dylikt direkt insamlingsförfarande att underlättas.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att de uppgifter som samlas in om kontraktsvärden etc. behöver kompletteras med uppgifter om faktiskt utbetalade belopp. Verket instämmer också i utredningens bedömning att uppgifter om faktiska belopp som utbetalats på kontraktsnivå bör samlas in först när myndigheterna/enheterna infört elektroniska system som innebär att detta kan ske utan ett omfattande manuellt arbete.

Uppgifter som ska samlas in ur annonserna

Utredningen redogör för vilka uppgifter som bör samlas in från annonserna. Konkurrensverket instämmer att de föreslagna uppgifterna ska samlas in, men anser att exakt vilken information som ska samlas in, i vilket format och vilka rutiner som ska tillämpas bör bestämmas av den statistikansvariga myndigheten efter samråd med den föreslagna arbetsgruppen för statistikfrågor.

Förutom de uppgifter som utredningen föreslår anser Konkurrensverket att även följande uppgifter bör samlas in ur annonserna:

- Enligt vilket regelverk kontraktet avses tecknas
- Vilken godkänd annonsdatabas som getts uppdraget att annonsera upphandlingen (och därmed att lämna upphandlingsstatistik)¹⁴

Uppgifter som bör hämtas ur efterannonser

Konkurrensverket anser att utredningens förslag om en efterannonsering (s. 585) bör samordnas med förslaget i avsnitt 4.3.10 om en dokumentationsplikt för direktupphandlingar som överstiger 100 000 kr.

I bilagan till detta yttrande återfinns de uppgifter från efterannonser som enligt Konkurrensverket bör redovisas inom ramen för statistikinsamling. Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör omfattningen av sådan redovisningskyldighet inte regleras i upphandlingslagstiftningen, utan med stöd i förordnande i regelverket istället utformas av den statistikansvariga myndigheten.

Enligt Konkurrensverkets bedömning bör det vara möjligt att utforma efterannonser/dokumentationen som ett elektroniskt dokument där den mesta informationen kan vara förifylld.

Statistik om valfrihetssystem enligt LOV

Utredningen föreslår att upphandlande myndigheter löpande ska skicka organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer) på de leverantörer som anslutits eller utträtt ur valfrihetssystem enligt LOV till upphandlingsstödet. Upphandlingsstödet ska sedan leverera sådana uppgifterna till den statistikansvariga myndigheten.

Enligt Konkurrensverkets bedömning finns det inga sakliga argument för att valfrihetssystem enligt LOV ska annonseras enligt andra rutiner än ramavtal som tecknas enligt LOU. Enligt Konkurrensverkets bedömning skulle annonsering lika gärna kunna utföras av sådana godkända annonsdatabaser som utredningen föreslår i avsnitt 4.4. På motsvarande sätt skulle dessa annonsdatabaser kunna ges ett ansvar för att samla in årlig statistik om bl.a. vilka företag som godkänts som leverantörer i varje valfrihetssystem.¹⁵ Enligt vår bedömning skulle det vara en

¹⁴ Regelverket bör innebära att den godkända annonsdatabas som tagit emot uppdraget att förmedla en annons också har en skyldighet att följa upp att efterannonsering sker i enlighet med upphandlingsreglerna, och att lämna uppgifter till den myndighet som ansvarar för upphandlingsstatistiken.

¹⁵ På sid 578 skriver utredningen att den i avsnitt 4.4 föreslår att alla upphandlingar som genomförs enligt LOU, LUF och LOV ska annonseras i en godkänd annonsdatabas. I avsnitt 4.4 nämns dock bara LOU och LUF. Vi tolkar detta som att utredningen sett det som naturligt att föreslå att även LOV ska omfattas av förslaget, men sedan insett att detta inte ryms inom dess direktiv, och strukit förslaget men missat formuleringen på sid 578.

förenkling för de myndigheter som berörs att kunna tillämpa samma rutiner vid olika former av kontrakt.

Övriga synpunkter avseende upphandlingsstatistik

Konkurrensverket anser vidare att det bör införas en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att redovisa samtliga pågående upphandlingar på sina respektive hemsidor (inklusive länkar till de godkända annonsdatabaser där annonsen återfinns i dess helhet).

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det inte är meningsfullt att samla in statistik rörande användning av miljökrav och sociala krav via annonser och efterannonser, och föreslår därför att detta istället ska ske genom en särskild stickprovsbaserad statistikinsamling (s. 578).¹⁶

Konkurrensverket har inget att invända mot utredningens förslag om kompletterande statistikinsamling rörande upphandlande myndigheters och enheters totala årliga inköpsvolymen (s. 582). Konkurrensverket vill dock påpeka att stor del av de inköp och andra utbetalningar till privata företag som görs av myndigheter och enheter men som inte omfattas av upphandlingsreglerna och att det är lika intressant att undersöka hur små- och medelstora företag får del av dessa marknader och i vilken utsträckning miljökrav och sociala krav tillämpas. Det är därför angeläget att dessa undersökningar även omfattar myndigheters och enheters inköp från privata företag som inte omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Konkurrensverket vill också understryka att möjligheterna att använda urvalsmetoder blir större ju bättre och mer omfattande information som finns insamlad. Genom att samla in information om vilka upphandlingar som genomförs gemensamt av flera myndigheter, vilka som är ramavtal och vilka kontraktsvärden som upphandlingarna omfattar ökar möjligheterna att hantera de olikheter som finns genom att t.ex. använda stratifierade urval. Med detta vill Konkurrensverket understryka att de förenklingar som stickprovsundersökningar innebär inte kan genomföras utan en relativt omfattande insamling av basuppgifter om den offentliga upphandlingen.

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att låta den statistikansvariga myndigheten ansvara för att sammanställa en databas med utgångspunkt från den insamlade statistiken där uppgifter om alla genomförda upphandlingar ska finnas och vara tillgängliga för analyser (s. 583). Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att en omfattande insamling av uppgifter om offentliga upphandlingar är en nödvändighet för att det ska vara möjligt att använda stickprovsundersökningar och andra statistiska metoder. Sådan tillgång vore även till

¹⁶ Sid 578

stor fördel för forskning och analyser och ytterst för Sveriges budgetplanering och offentliga finanser.

Utredningen anser att den nationella databasen med uppgifter om offentliga upphandlingar ska vara allmänt tillgänglig (s. 590). Konkurrensverket anser att databasen främst bör utgöra ett underlag för statistik, forskning och analys och inte ha som syfte att konkurrera med privata företag som erbjuder marknadsanalyser och marknadsbevakning av den offentliga marknaden.

En av de frågor som den nya statistiken avser att belysa är i vilken utsträckning små och medelstora företag deltar i offentliga upphandlingar. I den frågan ingår både hur vanligt det är att de lämnar anbud och hur framgångsrika de är att få kontrakt. Den databas som byggs upp bör därför innehålla uppgifter (bland annat organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer) inte bara om leverantörer med vilka kontrakt har tecknats utan även om övriga företag som lämnat anbud i upphandlingen.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att verket även fortsättningsvis ska inneha rollen som ansvarig myndighet för upphandlingsstatistik och betonar de avsevärda samordningsfördelar som ett sådant uppdrag kan medföra för verkets arbete med att upptäcka och beivra otillåtna prissamarbeten i upphandlingssituationer (s. 581). Konkurrensverket understryker att det utvidgade statistikarbetet som utredningen föreslår skulle förutsätta att verket inte fräntas resurser på det sätt som föreslagits i Upphandlingsstödsutredningens betänkande. Istället är det viktigt att Konkurrensverket erhåller resurser som motsvarar uppdragets omfattning.

Konkurrensverket har inget att invända mot utredningens förslag att det bör inrättas en permanent arbetsgrupp för frågor som rör statistik om offentliga upphandlingar (s. 582). Arbetsgruppen bör ha en rådgivande roll i förhållande till den myndighet som ansvarar för statistiken. Konkurrensverket anser vidare att den närmare sammansättningen av gruppen inte bör fastslås i termer av vilka organisationer som ska vara representerade. Av vikt är istället att gruppen består av personer med kunskap och kompetens om olika aspekter av den offentliga upphandlingen, att gruppen kan bidra med synpunkter ur såväl upphandlande myndigheters/enheters, leverantörers, systemleverantörers, forskares och tillsynsmyndigheters perspektiv. Till Konkurrensverket finns redan idag knutet ett upphandlingsråd med i huvudsak sådan sammansättning vars uppgifter med fördel kan utökas till att även omfatta upphandlingsstatistik för det fall Konkurrensverket även fortsättningsvis utses till statistikansvarig myndighet.

Konkurrensverket instämmer i utredningens förslag att resurserna för upphandlingsstatistiken bör förstärkas.

Konkurrensverket har inget att invända mot utredningens bedömning att en kompletterande statistikinsamling avseende sammanlagda inköpsvärden kommer leda till merarbete för vissa myndigheter och enheter men att sådant merarbete endast kommer att uppstå i avvaktan på verksamheterna utrustats med elektroniska hjälpmedel.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att statistiken om den offentliga upphandlingen i Sverige i många avseenden är undermålig, och att detta försvårar djupare analyser. Utan statistik och analyser är det svårt att identifiera vad som fungerar bra och vad som behöver förbättras i det svenska upphandlingssystemet. Konkurrensverket anser därför att det är olyckligt att utredningen föreslår att den nya och förbättrade statistiken ska samlas in först från och med år 2016 (s. 607-608). Konkurrensverket vill i sammanhanget uppmärksamma att verket överlämnade sitt förslag till modell om hur insamlingen av statistik ska gå till, som i allt väsentligt ligger till grund för utredningens förslag, till utredningen redan år 2011.

Konkurrensverket bedömer att det kan vara möjligt att utveckla modeller som gör det möjligt att mera löpande samla in uppgifterna, istället för som utredningen föreslår endast samla in uppgifterna en gång per år. Konkurrensverket anser därför att det kan vara olämpligt att fastställa i lagstiftningen hur ofta uppgifterna ska lämnas. Hur de praktiska rutinerna för insamlingen ska vara utformade bör fastställas av den myndighet som ansvarar för upphandlingsstatistiken.

Utredningen föreslår att den statistikansvariga myndigheten ska genomföra stickprovsundersökningar vart tredje år om användningen av miljökrav och social krav i offentliga upphandlingar. Uppgifter för upphandlingarna under 2015-2017 föreslås samlas in år 2018.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör sådan kartläggning inte endast avse förekomsten av miljökrav och sociala krav i upphandlingar, utan även innehålla kvalitativa aspekter. Därigenom kan utfallet vid användande av sådana krav jämföras med upphandlingar i vilka de inte förekommer.

Konkurrensverket vill i sammanhanget betona att det kan vara svårt att utforma enkäter om användningen av miljökrav och social krav, bland annat eftersom det än så länge saknas en sammanställning av vilka organisationer som omfattas av upphandlingsreglerna och statistik om vilka belopp som olika myndigheters upphandlingspliktiga inköp uppgår till under ett år, och inom vilka områden inköpen sker inom. Det är därför lämpligt att, som utredningen föreslagit, genomföra enkäterna först när resultaten från den nya statistikinsamlingsmetoden har hunnit analyseras.

Konkurrensverket konstaterar att utredningens förslag innebär att de enkäter som ska genomföras år 2018 ska omfatta flera års upphandlingar. Enligt Konkurrensverkets bedömning kan det troligen vara svårt för upphandlande myndigheter och enheter att ge svar på frågor om hur det gick till vid upphandlingar som genomförts flera år tidigare. Konkurrensverket förordar därför att eventuella enkäter som huvudregel inte bör avse förhållanden som går längre bakåt i tiden än det föregående året.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit processrådet Kristoffer Sällfors.

Dan Sjöblom

Kristoffer Sällfors

Bilaga

Ett införande av utredningens förslag om dokumentationsplikt för kontrakt vars värde överstiger 100 000 kr (avsnitt 4.3.10) bör enligt Konkurrensverket innebära att upphandlande myndigheter och enheter ska tillhandahålla informationen nedan till den statistikansvariga myndigheten *för varje kontrakt* vars värde överstiger 100 000 kr och som omfattas av upphandlingsreglerna. Om en leverantör vinner flera delkontrakt kan det behandlas som ett enda kontrakt och föranleda ett enda uppgiftslämnande. Motsvarande uppgifter bör lämnas vid avrop från ramavtal efter en andra konkurrensutsättning där värdet överstiger 100 000 kr.¹⁷ Även förlängningar av kontrakt bör efterannonseras på motsvarande sätt.

Förutom de uppgifter som utredningen föreslår anser Konkurrensverket att även följande uppgifter bör samlas in ur efterannonserna/dokumentation:

- Upphandlande myndighet inklusive dess organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer) (om flera myndigheter omfattas av kontraktet ska uppgift lämnas om samtliga).
- Leverantör, dvs. anbudsgivare med vilken myndigheten har tecknat kontrakt, inklusive organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer).
- Övriga anbudsgivare, dvs. leverantörer som lämnat anbud men med vilka myndigheten inte har tecknat kontrakt, inklusive organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer).
- Offererade priser från övriga anbudsgivare.
- Vid direktupphandlingar – namn och organisationsnummer (eller motsvarande för utländska leverantörer) på företag som har getts möjlighet att lämna anbud men som inte gjort det.
- Vilken lagstiftning kontraktet omfattas av.
- Vilket upphandlingsförfarande som tillämpats.¹⁸
- Tilldelningsgrund.
- Om kontraktet avser ett ramavtal och i så fall om alla villkor är fastställda och vilken avropsordning som gäller.

¹⁷ Ramavtal med förnyad konkurrensutsättning bör alltså dokumenteras två gånger, dels när ramavtalet tecknas och dels vid varje avrop.

¹⁸ Vid förlängning av ett kontrakt som omfattats av en option om förlängning bör detta hanteras som ett upphandlingsförfarande.

- Datum för kontraktstecknande.
- Kontraktstid.
- Kontraktsvärde.¹⁹

I de fall kontraktet föregåtts av annonsering i en godkänd annonsdatabas bör även följande uppgifter lämnas:

- Referensnummer på annonsen.²⁰
- CPV-kod för kontraktet.²¹
- Om kontraktet innehåller en option till förlängning, och i så fall under hur lång tid.²²
- Om upphandlingen av kontraktet överprövats i domstol, och i så fall hänvisning till domstol och målnummer.
- Datum för tilldelningsbeslut.

¹⁹ Konkurrensverket konstaterar att utredningen delar verkets uppfattning att detta värde måste preciseras närmare.

²⁰ Av referensnumret ska det framgå vilken godkänd annonsdatabas som förmedlat annonsen och som ansvarar för att lämna statistik.

²¹ Eftersom en upphandlingsannons kan leda till flera delkontrakt som vart och ett omfattas av olika CPV-koder kan de CPV-koder som angetts i annonsen vara vilseledande. Det bör vara relativt enkelt att välja ut den eller de CPV-koder som gäller för kontraktet med de olika leverantörerna.

²² Om ett kontrakt som inte annonserats innehåller en option om förlängning ska detta räknas in i värdet av kontraktet.