



Konkurrens och offentlig upphandling

Av Fredrik Andersson på uppdrag av Konkurrensverket

UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2020:2

Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2020:2

Utredare: Fredrik Andersson

ISSN-nr 1652-8069

Foto: Mostphotos

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet. Konkurrensverket har därför gett professor Fredrik Andersson i uppdrag att, inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, undersöka hur konkurrenshänsyn beaktas och kan beaktas för ändamålsenlig och effektiv offentlig upphandling.

Konkurrens är en viktig del av en väl fungerande marknadsekonomi och i blandekonomin med relativt stor offentlig sektor, som den svenska, är offentliga inköp från privat sektor en betydande del av ekonomin. Därför är det viktigt att den offentliga sektorn möter fungerande och god konkurrens i sina inköp.

Att främja konkurrens i den offentliga upphandlingen är viktigt och författaren har i denna rapport pekat på ett flertal aspekter som är centrala för att åstadkomma detta. Framför allt kan upphandlande myndigheter aktivt underlätta deltagande genom en ökad transparens och information i syfte att minska kostnader för eventuella anbudsgivare. Som ett sätt att få fler företag att delta med anbud kan upphandlande myndigheter i större utsträckning även bjuda in och uppmuntra fler leverantörer att delta i sina upphandlingar. Författaren pekar även på att det är viktigt att fortlöpande utvärdera de upphandlingar som genomförts och de avtal som slutits med leverantörer.

Till projektet har det knutits en referensgrupp bestående av Hans Fondelius (UHM). Från Konkurrensverket har Max Brimberg, Ann Fryksdal, Stefan Jönsson, David Kristing, Katarina Magnusson, Nina Radojkovic samt Joakim Wallenklint deltagit.

Författaren ansvarar själv för alla bedömningar och slutsatser i rapporten.

Stockholm, oktober 2020

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	5
1 Inledning	11
1.1 Konkurrens.....	11
1.2 Offentlig upphandling.....	12
1.3 Konkurrens och offentlig upphandling.....	13
1.4 Rapportens upplägg.....	13
2 Offentlig upphandling – några grundläggande observationer	14
2.1 Regelverket för offentlig upphandling.....	14
2.2 Några siffror och vad de möjligen betyder för konkurrens.....	15
3 Konkurrens	17
3.1 Modeller av konkurrens och deras begränsningar.....	17
3.2 Konkurrens och konsumentnytta.....	19
3.3 Konkurrens, information och kundval.....	20
4 Offentlig upphandling och konkurrens	22
4.1 Konkurrensbegränsningar i offentliga upphandlingar.....	22
4.2 Bredare hänsyn i upphandlingar.....	25
4.3 Enkätstudie om företags möjligheter att delta i offentliga upphandlingar.....	28
5 Analys och policy slutsatser	32
5.1 Policy slutsatser på marknaden.....	32
5.2 Policy slutsatser i marketens omgivning.....	35
6 Samlade slutsatser	39
Referenser	41
Referenser (Innehåller referenser som inte nämns).....	41
Empiriskt material kring upphandling på kommunnivå.....	43

Sammanfattning

Fungerande konkurrens är en viktig del av marknadsekonomins livsluft. I blandekonomin med relativt stor offentlig sektor, som den svenska, är offentliga inköp från privat sektor en betydande del av ekonomin. Därmed är det viktigt att den offentliga sektorn möter fungerande och god konkurrens i sina inköp. I Sverige, liksom i hela EU och i många andra delar av världen, regleras offentliga inköp i en upphandlingslagstiftning med det övergripande syftet att hävda principer om regelstyrning och opartiskhet på ett sätt som är förenligt med ett handlingsutrymme ute i verksamheterna som främjar en fungerande marknadsrelation.

Syftet med denna rapport är att formulera och besvara frågor kring hur konkurrenshänsyn beaktas och kan beaktas för ändamålsenlig och effektiv offentlig upphandling. Detta görs med stöd av existerande forskning och utredningar samt med ett empiriskt underlag i form av en enkätstudie av utpräglad pilotkaraktär, och ett antal intervjuer med företrädare för den upphandlande sidan på kommunal nivå och branschorganisationer som organiserar företag som deltar i offentliga upphandlingar.

Vikten av fungerande konkurrens i offentlig upphandling är uppenbar. Svensk offentlig upphandling motsvarar ungefär en sjättedel av BNP på årsbasis och det är uppenbart att även små kostnadssänkningar kan innebära väsentliga besparingar av skattemedel. I ljuset av direkta och indirekta kostnader för beskattning bör dessutom sådana besparingar värderas högre än "en krona per krona". Samtidigt gäller de flesta offentliga upphandlingar komplexa varor och tjänster där olika kvalitetsaspekter är väsentliga, och där dessa kvalitetsaspekter varierar vad gäller möjligheter att direkt observera dem, att formulera dem i kontraktstermer och att följa upp dem. För sådana varor och tjänster är inte "hårdare prispress" med nödvändighet vägen till ett bättre utbyte för användare och skattebetalare. Under senare år har utrymmet för kravställning via sociala, miljömässiga och arbetsrättsliga villkor vidgats, via ändringar i lag, rättsfall i EU-domstolen och genom politisk vilja hos upphandlande myndigheter och enheter. Detta utrymme innebär ytterligare höjda krav på att slå en balans mellan prispressande konkurrens och bredare måluppfyllelse.

I rapporten görs en skillnad mellan konkurrens i en snävare bemärkelse med frågor i traditionella marknadstermer – såsom beställarkrav på volymer, kontraktstider och garantier om ekonomisk ställning – å ena sidan, och frågor som vidgar detta sammanhang – såsom sociala och miljömässiga villkor eller krav på att engagera lokal arbetskraft – å den andra. Helt naturligt har frågor och svar utvecklats under arbetet med rapporten, där ett inledande fokus på de snävare frågorna vidgades efter en första omgång litteraturstudier och intervjuer. I det följande har intervju- och enkätsvar samt synpunkter från rapportens referensgrupp lett till att frågor och resonemang om transaktionskostnader och uppföljning har fördjupats.

Vad gäller det empiriska materialet så ger pilotstudien en provkarta på synpunkter från företag som på det hela taget uppfattat barriärer mot att medverka i offentliga upphandlingar. Intervjuerna har gjorts med personer som befinner sig i ansvarig ställning för upphandling i kommuner samt med representanter för branschorganisationer på anbudsgivarsidan. Intervjuerna visar – helt i linje med studiet av kommunala policydokument – på ett ökat fokus på sociala och miljömässiga villkor samt på en vilja att i högre grad samverka med leverantörer i alla steg i processen.

Slutsatserna för hur fungerande och god konkurrens i offentlig upphandling befrämjas är i många fall tämligen jordnära – handfasta aspekter som transaktionskostnader, uppföljning och att värna deltagandet på marknaden är centrala.

De viktigaste slutsatserna är:

- De transaktionskostnader som det innebär att delta i offentliga upphandlingar utgör en barriär. Detta gäller både direkta kostnader för att behärska regelverk och uppfylla formella krav, och indirekta kostnader som det innebär att investera tid och kraft i en affär med ett utfall som är osäkert. Att som upphandlande myndighet aktivt underlätta deltagande genom transparens och information är alltså uppenbart konkurrensbefrämjande.
- Ofullständig uppföljning av ställda villkor är ett konkurrensproblem. Om ställda villkor vad gäller kvalitet på det som levereras eller på produktionen via sociala och miljömässiga villkor inte följs upp finns en risk att företag räknar med och agerar efter möjligheten att uppföljning inte sker, och att det innebär en fördel för den som inte uppfyller ställda villkor. Sådana risker undergräver konkurrensen på samma sätt som närvaron av oseriösa företag i stort. Bristen på uppföljning blir särskilt problematisk när det gäller villkor som inte märks i konsumtion och användning av en vara eller tjänst. Att ha och fullt ut implementera klara och tydliga principer för uppföljning är alltså en förutsättning för fungerande konkurrens.
- Det är alltid under i övrigt oförändrade förutsättningar en fördel för konkurrens att ha fler budgivare i en upphandling, givetvis under förutsättningen att det är seriösa budgivare och att deras möjlighet att delta är reell. Denna insikt är enkel men har konsekvenser för väsentliga avvägningar i samspelet mellan upphandlande organ och deltagare i upphandlingar. Att aktivt – genom exempelvis information och dialog – bjuda in och uppmuntra fler deltagande budgivare befrämjar fungerande konkurrens.
- Det är viktigt för all offentlig verksamhet att fortlöpande utvärdera upphandlingar och ställa frågan om det finns varor/tjänster/aktiviteter som inte upphandlas som borde göra det; samma fråga bör givetvis löpande ställas omvänt. Fungerande konkurrens värnas av att aktivt ställa frågan om det finns anledning att göra upphandlingar på nya områden.

I rapporten förs resonemang kring den ökade förekomsten av sociala, miljömässiga och arbetsrättsliga villkor, samt av de initiativ för att arbeta med kombinationer av ideella aktörer och egenregi som har olika syften men som ofta innebär att offentlig upphandling undviks. Slutsatsen av dessa resonemang är att det är viktigt att göra ordentliga analyser av sådana villkor och sådana arrangemang, där man klargör exempelvis hur miljökrav bidrar till klart uttryckta hållbarhetsmål och hur krav på att använda lokal arbetskraft blir meningsfulla trots risker för att personer med motsvarande arbetsmarknadsförankring samtidigt trängs undan.

Sammanfattningsvis är transparens, information, beställarkompetens och uppföljning nycklarna till väl fungerande konkurrens.

Summary

Sound competition is a vital building block of the market economy. In mixed economies with a relatively large public sector, such as the Swedish one, public procurement from the private sector is a significant part of the economy. Thus, it is important that the public sector faces effective competition in its procurement. In Sweden, as in the whole of the EU and in many other parts of the world, public procurement is regulated by procurement legislation with the overall purpose of asserting principles of regulatory control and impartiality in a way that is compatible with room for maneuver in the procurement activities facilitating a functioning market relationship.

The purpose of this report is to formulate and answer questions about how competition issues are taken into account and can be taken into account for appropriate and efficient public procurement. This is done with the support of existing research and investigations, and with an empirical basis in the form of a questionnaire study of a distinctly pilot nature and a number of interviews with representatives from the contracting side at municipal level and industry organizations that organize companies participating in public procurement.

The importance of effective competition in public procurement is clear. Swedish public procurement corresponds to approximately one sixth of GDP on an annual basis and it is obvious that even small cost reductions can mean significant savings of public funds. In the light of direct and indirect costs of taxation, such savings should, moreover, be valued higher than "one krona per krona". At the same time, most public procurement involves complex goods and services where various quality aspects are essential, and where these quality aspects vary in terms of possibilities to directly observe them, to formulate them in contracts, and to follow them up. For such goods and services, "tougher price pressure" is not necessarily the way to a more beneficial exchange for users and taxpayers. In recent years, the scope for setting requirements via social, environmental and labour-law conditions has been expanded, through changes in law, court cases in the European Court of Justice, and through the political will on the part of procuring authorities and entities. This development means further increased demands to strike a balance between price-pressing competition and broader goal fulfillment.

The report distinguishes between competition in a narrower sense with issues in traditional market terms – such as customer requirements for volumes, contract periods and guarantees of financial standing – on the one hand, and issues that broaden this context – such as social and environmental conditions or requirements to engage local labour – on the other. Naturally, questions and answers have developed during the work on the report, where an initial focus on the narrower questions was broadened after a first round of literature studies and interviews. In the following, interview and questionnaire responses as well as views from the report's

reference group have led to questions about transaction costs and follow-up being emphasized.

As for the empirical material, the pilot study provides a sample map of views from companies that have generally perceived barriers to participating in public procurement. The interviews were conducted with people who are in a responsible position for procurement in municipalities and with representatives of industry organizations on the tenderer side. The interviews show – completely in line with the study of municipal policy documents – an increased focus on social and environmental conditions and a willingness to cooperate to a greater extent with suppliers at all stages of the process.

The conclusions for how effective competition in public procurement can be promoted are in many cases fairly down-to-earth – tangible aspects such as transaction costs, follow-up and safeguarding market participation are central.

The most important conclusions are:

The transaction costs involved in participating in public procurement constitute a barrier. This applies to both direct costs for mastering regulations and meeting formal requirements, and indirect costs that are generated by investing time and energy in a deal with an outcome that is uncertain. For a procuring body to actively facilitate participation through transparency and information is thus clearly pro-competitive.

Incomplete follow-up of set conditions is a competition problem. If set conditions regarding quality of what is delivered or of production via social and environmental conditions are not followed up, there is a risk that companies count and act according to the possibility that follow-up does not take place, and that this means an advantage for those who do not meet set conditions. Such risks undermine competition in the same way as the presence of unscrupulous companies in general. The lack of follow-up becomes particularly problematic in terms of conditions that are not noticeable in the consumption and use of a good or service. Having and fully implementing clear and distinct principles for follow-up is thus a prerequisite for effective competition.

It is always an advantage for competition – under otherwise constant conditions – to have more bidders in a procurement, provided of course that they are serious bidders and that their opportunity to participate is real. This insight is simple but has consequences for significant trade-offs in the interaction between procuring bodies and participants in procurements. Actively – for example through information and dialogue – inviting and encouraging more participating bidders promotes effective competition.

It is important for all public activities to continuously evaluate procurements and ask the question whether there are goods/services/activities that are not procured that ought to be; the same question should of course be asked the other way around. Effective competition is protected by actively asking the question of whether there is reason to make procurements in new areas.

The report discusses the increased prevalence of social, environmental and labour law conditions, as well as the initiatives to work with combinations of non-profit actors and in-house production that may have different purposes but which often mean that public procurement is avoided. The conclusion of these arguments is that it is important to make proper analyses of such conditions and such arrangements, where it is clarified, for example, how environmental requirements contribute to clearly stated sustainability goals, and how requirements to use local labour become meaningful despite risks of people with similar labour-market attachment being crowded out.

In summary, transparency, information, overall procurement competence and follow-up are the keys to well-functioning and sound competition.

1 Inledning

Denna rapport tar sin utgångspunkt i uppdraget att utreda frågan om huruvida konkurrens i offentlig upphandling hålls tillbaka på ett sätt som kan vara problematiskt och borde göras till föremål för åtgärder. Rapporten behandlar ett brett spektrum av möjliga konkurrensbegränsningar. En viktig utgångspunkt är traditionella marknads- och kontraktsaspekter som långa löptider, krav på volymer, särbehandling för att gynna vissa aktörer samt den vanliga uppfattningen att upphandlingar har en stark tendens att helt fokusera på pris och kostnad i slutändan.

I de inledande litteraturstudierna stod det emellertid också klart att det även finns andra gränssytor som bestämmer graden av konkurrens i många av de sammanhang där offentlig upphandling sker. Dessa gränssytor gäller sociala, miljömässiga och arbetsrättsliga krav och deras uppföljning, samt önskemål om att arbeta i närmare samverkan och dialog mellan upphandlare och leverantörer. En ytterligare gränssyta är samverkan med ideella aktörer som påverkar marknadsdefinitioner och som därmed har bäring på konkurrensfrågans legala tillämpbarhet.

Rapportens bas är en kombination av litteraturstudier, därigenom inhämtade insikter från sekundärdata, eget empiriskt arbete baserat på en enkät av utpräglad pilotkaraktär samt ett antal intervjuer.

För att ta oss an dessa frågor behöver vi emellertid börja med att ge en ram vad gäller konkurrens, offentlig upphandling och andra studier som har gjorts kring konkurrens i offentlig upphandling.

1.1 Konkurrens

Konkurrensen mellan potentiella leverantörer tjänar generellt sett i grunden ett tredubbelt syfte:

- att koncentrera produktionen av en vara eller tjänst till de som är bäst lämpade att producera den,
- att motverka ineffektivt låg produktion som följer av monopolistisk eller oligopolistisk prissättning, och
- att överföra en så stor del som möjligt av det samhällsliga överskottet till köpare och konsumenter.

I samband med offentlig upphandling stärks det tredje motivet av de samhällsekonomiska kostnader det innebär att ta ut en krona extra i skatt. Den extrakostnad som uppstår är inte enkel att mäta men en studie från EU-kommissionen 2013 pekar på att kostnaden för att ta fram en krona genom beskattning är 2,06 kr för skatter på arbete i Sverige – den är väsentligt lägre för miljöskatter, mindre än 1 kr.¹ Eftersom inkomstskatter helt dominerar kommunala intäkter och utgör basen även för den offentliga sektorns inkomster i övrigt (tillsammans med moms som i det här sammanhanget kan betraktas som en inkomstskatt) är det en rimlig tumregel att det kostar två kronor för samhället att ta fram ytterligare en skattekrona.

1.2 Offentlig upphandling

Grunden till att offentlig upphandling är viktigt är att den offentliga sektorn – i Sverige och i många andra länder – är en stor och viktig inköpare. Det behövs därmed ett stringent regelverk för sådana inköp för att inte skapa för stora frestelser för enskilda offentliga beslutsfattare att agera i eget intresse – till exempel i dold samverkan med leverantörer – snarare än i ett allmänintresse.

För att ta tillvara möjligheterna på marknaden måste de som utför offentlig upphandling därför följa upphandlingslagarna, LOU (Lagen om offentlig upphandling), LUF (Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna), LUFSS (Lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet) och LUK (Lagen om upphandling av koncessioner). Reglerna för upphandling bygger på principerna: likabehandling,

- icke-diskriminering,
- öppenhet,
- ömsesidigt erkännande, samt
- proportionalitet.

Upphandlingspliktiga inköp i Sverige uppgick 2017 till 706 miljarder kronor, vilket är 88 procent av offentliga inköp enligt nationalräkenskaperna.² Det motsvarar 17 procent av BNP.

¹ Europeiska kommissionen, 2013.

² Upphandlingsmyndigheten, 2019.

1.3 Konkurrens och offentlig upphandling

Skärningsytan mellan konkurrens och offentlig upphandling är samtidigt självklar och svår. Den är självklar så till vida att de grundläggande förtjänsterna med fungerande konkurrens är uppenbart viktiga i upphandling som utgör en stor del av ekonomin och som ytterst handlar om hushållning med offentliga medel. Som vi kommer att kommentera i rapporten är värdet av konkurrens minst lika stort på komplicerade och imperfekta marknader som på idealiserade marknader. Samtidigt är samspelet mångfacetterat mellan de hänsyn som tas i upphandlingar – där kravspecifikationer och kriterier delvis direkt bestämmer kvalitet och pris – och de underliggande marknadsförutsättningarna som också delvis bestämmer kvalitet och pris. Ytterst handlar denna rapport om att bidra till att klargöra ändamålsenliga styrmedel för att värna samhällsekonomiskt vettiga utfall av detta samspel.

Det finns ett gott mått av arbete – forskning och utredningar – gjort om konkurrens i offentlig upphandling, till exempel vad gäller uppdelning i större och mindre kontraktsdelar, arbete med att förhindra oseriösa aktörer att agera otillbörligt aggressivt och studier av möjligheter till överklagande och överprövning. Vi kommer i rapporten att efter bästa förmåga fånga upp detta arbete; i många fall noterar vi att dessa frågor är viktiga men att slutsatserna i grunden är i linje med grundläggande ekonomisk teori och intuition. Vi kommer att lite mer självständigt behandla miljömässiga och sociala villkor, som blivit viktigare på senare tid och som samspelar med andra villkor och med marknadsförutsättningarna.

1.4 Rapportens upplägg

Rapportens fortsätter i det följande med en genomgång av viktiga begrepp och grundläggande siffror kring offentlig upphandling i Sverige, och i någon mån dess förhållande till EG-rätten, i avsnitt 2. Därefter sker i avsnitt 3 en teorigenomgång kring de konkurrensfrågor som är mest relevanta för offentliga inköp och offentlig upphandling. I det följande avsnitt 4 diskuteras sedan konkurrens och offentlig upphandling, dels via ett antal mekanismer som studerats av andra, dels genom en genomgång av det empiriska material som vi samlat in. I detta avsnitt tar vi också upp sociala, miljömässiga och arbetsrättsliga villkor samt frågor kring dialog och samverkan. I avsnitt 5 formuleras policy slutsatser utifrån det som diskuterats dithills och i avsnitt 6 samlas de viktigaste slutsatserna.

2 Offentlig upphandling – några grundläggande observationer

Som vi berörde i inledningen är offentlig upphandling en stor del av den svenska ekonomin, i storleksordningen en sjättedel av BNP. Detta är en viktig bakgrund när vi går igenom regelverket och grundläggande empiriska storleksordningar nedan.

2.1 Regelverket för offentlig upphandling

Offentlig upphandling som överstiger vissa givna beloppsgränser – tröskelvärden – omfattas direkt av EU:s upphandlingsdirektiv; sådan upphandling kallas direktivstyrd medan övrig upphandling kallas icke direktivstyrd. Som huvudregel är alla kontrakt som överstiger tröskelvärdena direktivstyrda.³

Upphandlingar kan ske enligt olika förfaranden. För icke direktivstyrd upphandling finns det två sådana – Förenklat förfarande och Urvals förfarande. Förenklat förfarande är i särklass vanligast och innebär att innebär att upphandlingen annonseras nationellt och att vem som helst kan lämna anbud. För direktivstyrd upphandling finns ett antal möjliga förfaranden; det vanligaste här är Öppet förfarande, som är analogt med Förenklat förfarande ovan och innebär att upphandlingen ska annonseras i EU:s gemensamma annonsdatabas (TED) och att vem som helst kan lämna anbud.⁴

Det finns tre tilldelningsgrunder: pris, kostnad samt bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.⁵ Vad gäller upphandlingar över tröskelvärden gäller vidare att när grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet så ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. Om kriterierna inte kan viktas, ska myndigheten beakta dem genom en prioritetsordning. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas. I LOU 16 kap 2§ sägs bland annat:

³ Det finns en hel katalog med tröskelvärden men som exempel är de för närvarande (från 1 januari 2020) för varor och tjänster som upphandlas enligt LOU drygt 1 427 000 kr för statliga myndigheter och drygt 2 197 000 kr för övriga upphandlande myndigheter. För en sammanställning av strukturen (för 2018 års siffror), se Upphandlingsmyndigheten (2019, s. 29).

⁴ Det övriga förfarandena för direktivstyrd upphandling är: förhandlat förfarande med föregående annonsering; selektivt förfarande; konkurrenspräglad dialog; kvalificeringssystem; samt förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

⁵ LOU 2016: 16 kap; Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 51.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska myndigheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

Det som sagts i detta avsnitt klargör de viktigaste grundbegreppen för rapporten i övrigt. Det finns givetvis mycket mer att säga, mest näraliggande kring direktupphandling och direktupphandlingsgränser⁶ och ramavtal som dock följer den övergripande logiken och oftare når upp till nivåer som gör att de är direktivstyrda.

2.2 Några siffror och vad de möjligen betyder för konkurrens

Som antydde ovan är de förfaranden som nämndes och som för den utomstående torde vara mest uppenbara i särklass vanligast, med förenklat förfarande i princip hela den icke direktivstyrda delen som utgör 54 procent av antalet upphandlingar (53 procentenhet av dessa är förenklat förfarande) och öppet förfarande mer än 90 procent av de direktivstyrda upphandlingarna som utgör 45 procent av antalet upphandlingar.⁷

Vad gäller tilldelningsgrund, så användes sammantaget tilldelningsgrunden pris något oftare 2018; denna tilldelningsgrund användes i 57 procent av alla annonserade upphandlingar. Tilldelningsgrunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet användes i 43 procent av alla annonserade upphandlingar.⁸

Vad gäller upphandlande part så har kommunerna har den största delen av antalet upphandlingar, 69 procent, följt av statliga verksamheter med 19 procent och regioner och landsting med 11 procent. Kommunerna är mindre dominerande om man mäter enligt omsättningen.⁹

Antal budgivare per upphandling är i genomsnitt 4,3 stycken, med viss variation mellan de upphandlande myndigheterna: 4,1 för staten och för kommunerna; 5,3 för landsting och regioner. Vid en direkt anblick finns en nedåtgående trend, t.ex. från 4,6 till 4,1 anbudsgivare för kommuner från 2013 till 2018. Antalet anbud är påtagligt högre för direktivstyrda upphandlingar än för icke-direktivstyrda, 4,7 för direktivstyrda och 3,8 för icke direktivstyrda. Av alla upphandlingar har 41 procent antingen en eller två budgivare (18 respektive 23 procent), med viss osäkerhet i data.¹⁰

⁶ Se Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 31, för en sammanställning.

⁷ Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 50-51.

⁸ Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 52-53

⁹ Upphandlingsmyndigheten (2019, s. 72); beloppsmässigt är proportionerna lite annorlunda, där inköp från privata leverantörer fördelar sig: kommun, 50 %; stat, 19 %; regioner/landsting, 31 % (a.a. s. 104).

¹⁰ Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 82-86.

Det faktum att det i många upphandlingar är flera anbud som kontrakteras – framför allt men alls inte endast vid ramavtalsupphandling – är viktigt när man ser och tolkar dessa siffror. För 2017 är den sammantagna siffran att 45 procent av alla anbud leder till kontrakt.¹¹

En annan storhet med relevans för frågor kring konkurrens är små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar. I Konkurrensverkets och Upphandlingsmyndighetens gemensamma sammanställning framgår, intressant nog, att andelen av avgivna anbud som kontrakteras är närmast konstant för de fyra storleksklasserna, mikroföretag, små företag, medelstora företag, och stora företag (enligt EU:s definitioner), 45–47 procent (den är något högre för ”övriga organisationer” som dock står för en mycket liten andel). Det framgår vidare att även andelen av faktiskt kontrakterade anbud är tämligen jämt fördelad; se Tabell 1 nedan.

Tabell 1 Fördelningen av kontrakt för olika stora företag

Storleksklass	Andel av antalet kontrakterade bud
Mikroföretag	19 %
Små företag	31 %
Medelstora företag	20 %
Stora företag	24 %

Källa: Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 132

Överprövning och tillsyn av upphandlingar är också av uppenbar relevans ur konkurrenssynpunkt. Under 2018 överprövades 6,1 procent av alla upphandlingar och detta är en påtaglig nedgång (nästan 15 procent) jämfört med en nivå som pendlat mellan 7,8 och 8,1 procent under femårsperioden 2012–17. Sett över myndighetstyper så hittar man stat och kommuner strax under gränsen, medan regioner och landsting har en något högre siffra, 8,8 procent. En större skillnad är att direktivstyrda upphandlingar överprövas nästan dubbelt så ofta som icke direktivstyrda, 8,1 procent jämfört med 4,5 procent. Skillnaden mellan upphandlingar med olika tilldelningsgrund är liten, men anbud som tilldelas enligt principen Bästa förhållande mellan pris och kvalitet överprövas något oftare än upphandlingar där tilldelningsgrunden är pris, 6,5 respektive 6,0 procent. Upphandlingar med fler anbudsgivare överprövas oftare. För de fall som faktiskt överprövats i sak ledde 2018 ca 28 procent till bifall i någon form.¹²

¹¹ Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 91

¹² Upphandlingsmyndigheten 2019, s. 91

3 Konkurrens

Konkurrensen mellan potentiella leverantörer tjänar som vi kommenterade i inledningen det tredubbla syftet att välja ut dem som är bäst lämpade att tillhandahålla en tjänst, att undvika ineffektivt låg produktion så att potentiellt samhällsoverskott realiserar så långt som möjligt, samt att överföra en stor del av detta överskott till köparna. Som vi också nämnde där är det tredje syftet särskilt viktigt i samband med offentliga inköp eftersom den samhällsekonomiska kostnaden för att ta fram en skattekrona normalt är större än en krona, i storleksordningen dubbelt så stor.

Även om ovanstående innebär en nyansering av syftet med att "förbättra" eller "stärka" konkurrensen så finns det anledning att nyansera vidare. Ovanstående formuleringar antyder att varan, tjänsten eller marknaden i fråga är given – men det yttersta syftet med fungerande konkurrens är att köpare ska fylla relevanta behov till bästa pris och med ändamålsenlig kvalitet. Oavsett om köparen är en person, ett företag eller en offentlig myndighet så finns relevanta frågor om huruvida något som inte finns på marknaden borde finnas där, och om urvalet av olika attribut och kvalitetsnivåer är rimligt, och om det finns adekvat information om detta.

3.1 Modeller av konkurrens och deras begränsningar

Även om det finns en bred diskussion av konkurrensfrågor i den vetenskapliga och tillämpade litteraturen om upphandling av varor och tjänster finns det ingen uppenbart dominerande eller direkt tillämplig ekonomisk modell. För att klargöra idéer och förankra den kommande diskussionen är det dock värt att föra ett kort resonemang i modelltermer.

En användbar utgångspunkt är Bertrandmodellen för priskonkurrens, som innebär att företag oberoende av varandra väljer priser varefter handel sker.¹³ Denna modell är tillämplig i sammanhanget bland annat för att den har en klar tolkning i ett auktionssammanhang som vi återkommer till. I sin enklaste form genererar Bertrandmodellen förutsägelsen att företag med identisk konstant marginalkostnad kommer att konkurrera starkt och att priset kommer att vara lika med marginalkostnaden; i det fallet kommer alltså allt överskott att stanna hos köparen. Den extrema förutsägelsen – som också kan uttryckas som att marknadsutfallet när ett fåtal företag konkurrerar enligt Bertrandmodellen blir det samma som under fullständig konkurrens – faller så fort man lättar på något av grundantagandena; om det till exempel finns skillnader i egenskaper mellan företagens produkter, "differentiering", eller om marginalkostnaderna inte är konstanta, faller den tydliga slutsatsen.¹⁴

¹³ Bertrandmodellen beskrivs i de flesta läroböcker i mikroekonomi och industriell organisation och en bra genomgång finns i Tirole (1988).

¹⁴ Det är också så att "upprepat spel" enligt denna modell innebär goda möjligheter till samarbete mellan företag.

Offentlig upphandling så som den sker i praktiken sker emellertid enligt en grundmodell som liknar en auktion. Denna process kan ses som ett medel att åstadkomma priskonkurrens på ett sätt som påminner om Bertrandmodellen och om kvalitetsaspekter kan hanteras på lämpligt sätt (eller är oväsentliga) borde man kunna förvänta sig priser nära marginalkostnadspriser. Detta är en rimlig utgångspunkt men för fortsatt studium men det finns flera viktiga kvalifikationer.

För det första så kännetecknas auktionsprocessen genom sin konstruktion av att nyckelbeslutet, budgivningen, görs utan fullständig information om konkurrenterna och exakt vilka förutsättningar dessa möter. Sådan ofullständig information ger alltid upphov till "informationsräntor"¹⁵ och det kan vara att illustrera dessa i ett enkelt fall. Låt säga att ett antal företag konkurrerar om att sälja något till fast marginalkostnad, där vart och ett av företagen vet sin egen marginalkostnad men inte konkurrenternas. Det är då tämligen uppenbart att det för ett givet företag är bättre att lägga ett bud som är högre än marginalkostnaden, eftersom man då kommer att göra positiv vinst om man vinner och noll om man inte vinner; att bjuda exakt sin marginalkostnad leder med säkerhet till vinst noll.

För det andra så eliminerar inte auktioner de drivkrafter och möjligheter som kan finnas att ta ut ett högre pris genom upprepad interaktion och produktdifferentiering. De strikta reglerna och transparensen i auktionsprocessen gör det dock svårare för företagen att engagera sig i sådan "tyst samverkan"¹⁶ genom upprepat spel.

När det gäller differentiering kan den också ganska långt neutraliseras så länge relevanta kvaliteter kan specificeras fullständigt.

En väsentlig begränsning i tillämpningen av både enkla konkurrensmodeller som Bertrandmodellen och grundläggande auktionsmodeller är att de tar antalet företag som konkurrerar för givet. I praktiken är antalet företag på en marknad något som kan variera och som bestäms både av faktorer som beaktas i konkurrensmodellen och sådana som inte gör det; det finns inget i förutsättningarna kring offentlig upphandling som gör att det är annorlunda i sådana sammanhang. Det är i själva verket tämligen uppenbart och väldokumenterat i litteraturen att antalet konkurrenter eller budgivare ofta har större betydelse för konkurrensen än de förutsättningar som kan kontrolleras i termer av enkla konkurrens- eller auktionsmodeller.¹⁷ Vi återkommer till detta nedan.

¹⁵ "Informationsräntor" är en lite klumpig översättning av "information rents".

¹⁶ "Tyst samverkan" är återigen lite klumpigt från engelska "tacit collusion".

¹⁷ Klemperer 2004, särskilt kapitel 4.

3.2 Konkurrens och konsumentnytta

Kritiska synpunkter på nationalekonomisk teori börjar ofta med observationen att begreppet "perfekt konkurrens" – synonymt med fullständig konkurrens som författaren till denna rapport föredrar – är grovt förenklat och att det definieras med utgångspunkt i en likaledes grovt förenklad modell av en marknad.¹⁸ I all synnerhet kritiserar slutsatsen att en ekonomi bestående av marknader med fullständig konkurrens är effektiv.¹⁹

Det är svårt att argumentera mot denna kritik i sin bokstavliga eller snäva form, men i motsats till kritikens kärna och underton betyder en mer nyanserad uppfattning om vad marknader är och hur de fungerar inte nödvändigtvis att de dygder som fungerande marknader och god konkurrens representerar blir irrelevanta eller mindre viktiga, snarare tvärt om.

I princip innebär konkurrens på en någorlunda fungerande marknad att två krafter är i rörelse:

- Drivkrafter att spara kostnader och utföra den verksamhet som krävs för att producera de varor eller tjänster det gäller så effektivt som möjligt vad gäller resurser som används.
- Drivkrafter att uppfylla kundernas önskningsar eller mer allmänt, önskningarna hos dem som fattar konsumtionsbeslut och betalar.

Det är viktigt att notera att dessa krafter är i rörelse alldeles oavsett hur långt borta från de förenklade antaganden som antyddes som marknaden i fråga må vara. Det finns till exempel inga antaganden alls vad gäller graden eller formen av konkurrens, eller om att varor är homogena och direkt utbytbara mot varor från andra producenter.²⁰

Båda dessa krafter är gynnsamma i meningen att de bidrar till goda samhällsekonomiska och effektivitetsmässiga utfall under de flesta omständigheter, även om de mycket väl kan vara föremål för snedvridningar. Incitamentet att använda resurser effektivt kan snedvridas, om till exempel de priser som producenten möter inte återspeglar samhällsekonomiska kostnader; ett ledande exempel på sådana snedvridningar är olika former av miljöpåverkan som inte återspeglas i priser på varor och tjänster. Denna typ av snedvridning kallas externa effekter.

¹⁸ Framställningen i detta avsnitt är baserad på resonemang som förs i Andersson (2017).

¹⁹ En sådan ekonomi är effektiv så till vida att utfallet är Paretooptimalt. Denna observation kallas för övrigt "första välfärdsteoremet".

²⁰ Man kan dock säga att ett antagande som måste vara uppfyllt är att säkerställa att dessa krafter är i rörelse är att det råder en rimlig grad av frihet från korruption på marknaden i fråga; i en genomkorrupt ekonomi där allt styrs av utbyten av förmåner blir dessa drivkrafter så småningom urvattnade.

Drivkrafter att uppfylla kundernas önskemål kan på likande sätt vara snedvridna om dessa önsknings påverkas av avvägningar som inte speglar sociala kostnader. Ett tydligt exempel är fall där kunderna på grund av kortsiktighet eller ofullständig information inte överblickar konsekvenserna av sina val; sådana snedvridningar kan vara allt från att man inte kan uppskatta kvalitet eller livslängd på ett sätt som ger sämre eller mindre varaktigt användbara produkter en nackdel, till att en vara kan vara beroendeframkallande.²¹

Dessa observationer ger vid handen att grundresonemangen om det önskvärda med en ekonomi med fungerande marknader och fungerande konkurrens är substantiellt relevanta för våra syften. De förutsättningar som fungerande marknader och en fungerande marknadsekonomi bygger på – och som anges mer eller mindre tydligt som antaganden beroende på om de finns i eller utanför modellen – är minst lika väsentliga i en ekonomi med imperfekta marknader. Att parera väsentliga externa effekter och att säkerställa att alla parter har god information är väsentligt för att främja effektivitet på faktiskt existerande marknader.

3.3 Konkurrens, information och kundval

Den sista begreppsmässiga distinktion kring marknadsstyrning och konkurrens som vi ska diskutera gäller specifikt för marknader där konsumtion/användning inte är direkt kopplad till finansiering/betalning. Det ledande exemplet på detta är just offentligfinansierade varor och tjänster, men distinktionen är mer allmän och gäller till exempel i allt väsentligt för försäkringsfinansierad sjukvård.

När finansiering och konsumtion är separerade kan man göra en övergripande skillnad mellan:

- inköpsbaserade modeller, och
- kundvalsbaserade modeller.

Denna distinktion är viktig i ett svenskt sammanhang där det finns många exempel på båda, med offentlig upphandling motsvarande ungefär en sjättedel av ekonomin och med valfrihetsbaserade arrangemang i viktiga delar av vård, omsorg och skola.

²¹ Vissa av dessa hänsyn bygger på ett mått av paternalism vilket väcker frågor utanför denna rapports ramar.

Inköpsbaserade modeller definieras av att den myndighet som ansvarar för en verksamhet specificerar denna verksamhet när det gäller krav och avtalsförpliktelser och upphandlar den i enlighet med gällande regler. Denna hantering skapar priskonkurrens. I en idealiserad situation där kvalitet kan specificeras fullständigt är vi i den priskonkurrensmodell som vi diskuterade i avsnitt 3.1. I praktiken är det emellertid svårt att specificera alla önskade egenskaper och precisera och mäta kvaliteten i det som produceras så väl att det kan göras till föremål för ett kontrakt som är enkelt att skriva och följa upp. Det innebär att man i ett sådant sammanhang dels behöver lägga tid och kraft på att kontraktera om kvalitet så långt möjligt, dels att det finns kvalitetsdimensioner som faller utanför kontraktet och riskerar att bli sämre än som är önskvärt.²²

Kundvalsbaserade modeller definieras av att användarna av en vara eller tjänst får välja mellan olika leverantörer och att ersättningen betalas av en tredje part (åtminstone i huvudsak). Urvalet av leverantörer kan regleras mer eller mindre hårt, och måste under alla omständigheter kontrolleras och regleras.²³ Den viktigaste och mest uppenbara fördelen med valmöjligheter enligt dessa principer är att de bidrar till att skapa ändamålsenliga incitament för kvalitet genom att användarna kan rösta med fötterna och välja de bästa leverantörerna utan att olika kvalitetsaspekter behöver specificeras i kontrakt. Den viktigaste och mest uppenbara risken med denna typ av arrangemang är att den skapar incitament för leverantörer att försöka välja de mest attraktiva kunderna; denna risk kan i princip hanteras med lämpligt differentierad ersättning, men det här är svårt i praktiken. Vidare så skapar en kundvalmodell inte några direkta drivkrafter för priskonkurrens; i grunden skapas kvalitetskonkurrens för ett givet pris.

Slutligen kan noteras att de risker som lyfts fram i de båda fallen – incitament att producera låg kvalitet vid upphandling och incitament att välja sina kunder/användare i valfrihetssystem – har sina rötter i de starka ekonomiska incitament som här rör ur vinstmotivet. Man kan argumentera för att ett svagare vinstmotiv försvagar dessa krafter och därmed kan motverka de problem som beskrivits ovan.²⁴ Det är ett intressant faktum att icke-vinstdrivande sektorn är liten i Sverige, men det finns av allt att döma ett växande intresse för att etablera sådana verksamheter. Vi kommer att tangera frågan om ideella aktörers roll i gränslandet mellan upphandling och "samarbete" nedan.

²² Detta resonemang torde te sig övertygande i sig själv – och är en klar tillämpning av Holmström och Milgrom (1991) och deras "flerdimensionella principal-agentmodell" – men det är också ett resonemang som får stöd i empirisk forskning, vilket visas i en översikt med fokus på nyare empiriska studier med trovärdiga strategier för identifikation av Andersson, Jordahl och Josephson (2019).

²³ För vissa tjänster kan dock förutsättningarna för verksamheten vara sådana att i det närmaste fritt inträde på marknaden är möjligt. Bergman och Jordahl (2014) menar att så är fallet för valfrihetsarrangemang för hemtjänst och att de låga inträdeshindren är ett problem.

²⁴ En teoretisk modell finns i Glaeser och Shleifer (2001) och visst empiriskt stöd finns att hämta i Weisbrod (1988).

4 Offentlig upphandling och konkurrens

I detta avsnitt kommer jag att börja väva ihop frågor kring konkurrens och offentlig upphandling. Jag kommer att börja med att ta upp de frågor som är mest handfasta ur ett anbudsgivarperspektiv – och som var de frågor som bildade utgångspunkten för rapporten. I det följande delavsnittet kommer jag att ta upp frågor som har diskuterats i anslutning till offentlig upphandling och som berör konkurrens, även om de inte direkt handlar om konkurrensbegränsningar i offentlig upphandling. Slutligen kommer resultat från den pilotstudie i enkätform som genomförts att redovisas.

4.1 Konkurrensbegränsningar i offentliga upphandlingar

Vi börjar här med att titta på konkurrensbegränsningar som är direkt kopplade till pris, kvantitet och kravställning på företags ekonomiska förutsättningar.

Volym, kontraktstider och transaktionskostnader

Som tangerats på annat håll i denna rapport så kan nationalekonomisk teoribildning ibland fokusera på det mest intressanta framför det mest relevanta. Detta gäller i hög grad frågor om marknader och konkurrens där handfasta saker som transaktionskostnader, transportkostnader, begränsningar vad gäller att skriva tydliga kontrakt och kostnader för att beivra kontraktsöverträdelser ibland kommer i skymundan bakom mer subtila mekanismer.

När det gäller offentlig upphandling är det tämligen uppenbart att regelverket och den administration som krävs på grund av regelverket utgör en inträdesbarriär. Det är också uppenbart att regelverket kan ha indirekta effekter i form av att det skapar drivkrafter hos köparen att arbeta med standardavtal, standardvolym, långa kontrakt och, för den delen, kända leverantörer för att underlätta den egna hanteringen. Det ter sig troligt att dessa handfasta realiteter har betydelse för konkurrensen. Som vi återkommer till får detta stöd i resultaten från enkätstudien.

Paketering, uppdelning och inträde på marknaden

I den nya Lagen om offentlig upphandling (LOU) finns en bestämmelse om motiveringsskyldighet (4 kap. 14 §) för att inte dela upp en upphandling i delar.²⁵ Syftet med bestämmelsen är att uppmuntra upphandlande myndigheter till att dela upp kontrakt så att så många aktörer som möjligt kan delta i offentliga upphandlingar, i synnerhet små och medelstora företag. Tillämpningen av den relativt nya bestämmelsen diskuteras och analyseras i Konkurrensverket (2018a). Ambitionen är alltså att driva på en uppdelning av upphandlingar i delar som breddar deltagandet av budgivare, och som instrument används skyldigheten att motivera om en uppdelning inte sker.

²⁵ Om en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges.

Det är värt att notera att denna bestämmelse existerar parallellt med bestämmelser om att uppdelning av upphandlingar i mindre delar i syfte att komma under tröskelvärden inte är tillåten; detta framgår av 5 kap. 7 § LOU och kallas förbud mot kringgående av LOU. Denna kombination av regler är givetvis i grunden rimlig och kan medverka till att befrämja konkurrens på ett bra sätt givet att tillämpningen också slår en rimlig avvägning mellan dokumentationskrav å ena sidan, och de kostnader och det merarbete som sådana krav leder till å den andra.

I Konkurrensverket (2018a) visas i en genomgång av upphandlingar i 20 slumpmässigt valda kommuner att tillämpningen av den (relativt nya) bestämmelsen inte är tillfredsställande, inte minst därför att den ännu inte är inarbetad och helt enkelt glöms bort. I rapporten ges handfasta rekommendationer för att just arbeta in rutiner för att lyfta detta ställningstagande, t.ex. genom integration i de digitala verktyg som används i upphandlingar.

För att föregripa lite av analysen i det kommande avsnittet kan man notera att lagstiftningen här manifesterar en insikt om att deltagande och inträde på marknaden är nyckeln till att vårda och befrämja konkurrens.

Tilldelning och överprövning

Det finns ett par utmärkande drag i samband med offentlig upphandling som inte har någon direkt motsvarighet på andra marknader.

Ett sådant drag är att den del offentliga upphandlingar kan leda till kontraktering av flera leverantörer parallellt, det vill säga upphandlingen väljer flera snarare än en leverantör. Detta gäller framför allt upphandlingar av ramavtal, men inte endast sådana upphandlingar. Det är tämligen uppenbart att detta särdrag kan ha betydande konsekvenser för konkurrens på olika nivåer men det är inte alls uppenbart hur dessa konsekvenser ser ut. Vad som emellertid är helt uppenbart är att det faktum att flera företag "vinner" gör att färre företag "förlorar". Som nämndes ovan leder sammantaget 46 procent av alla bud till ett avtal (Upphandlingsmyndigheten 2018), vilket är en påfallande hög siffra.

Ett annat särdrag jämfört med många andra marknader är möjligheten att överklaga beslutet om tilldelning av kontrakt. Inte heller på denna punkt är konsekvenserna för konkurrensen glasklara. Det har i allmän debatt ofta ansetts vara ett problem för fungerande upphandlingsmarknader att många upphandlingar fördröjs av överprövning. Som noterades ovan har dock andelen överprövningar minskat under senare år. Det är inte heller ett problem som betonas i svaren på enkätstudien. Icke desto mindre finns anledning att bevaka och analysera detta. De tydligaste mönstren i de siffror som refererades ovan är att direktivstyrda upphandlingar oftare är föremål för överprövning, liksom upphandlingar med många budgivare. Tolkningen av det minskande antalet överprövningar ur konkurrenssynpunkt är oklar.

Oseriösa företag, oseriösa bud, företag som närmar sig obestånd och korruption

En fråga som har fått och får relativt mycket uppmärksamhet i den bredare diskussionen om offentlig upphandling – liksom i diskussionen om privata aktörer i offentligfinansierad verksamhet i övrigt – är risker för och exempel på att företag som inte följer etablerade spelregler ger offensiva bud, vinner upphandlingar och sedan på ett eller annat sätt inte lever upp till de åtaganden som kontraktering innebär.

Vad gäller obeståndsrisker och frågor kring vilka krav upphandlande myndigheter får och bör ställa har Indén och Lundberg (2018) studerat dessa frågor för Konkurrensverkets räkning. Indén och Lundberg gör ett resonemang om den motsättning som finns mellan att säkerställa att budgivare lever upp till högt ställda krav på kapacitet och ekonomiska ställning å ena sidan, och att värna konkurrensen genom att inte utestänga eller avskräcka budgivare å den andra. Lagen om offentlig upphandling ger utrymme för att ställa krav på viss minsta årsomsättning (inom relevant område), viss kvot mellan tillgångar och skulder samt ansvarsförsäkring. Med denna utgångspunkt resonerar man vidare kring vad som är lämpligt och, med stöd i ett antal rättsfall, vad som är lagligt. Indén och Lundberg ger ett antal konkreta rekommendationer kring vilka kriterier som bör användas inom de ramar som LOU ger. En av slutsatserna är att myndigheter inte bör använda kreditvärdighetsbedömningar gjorda av privata kreditupplysningsföretag eller andra privata aktörer som inte arbetar helt öppet.

Bergström (2016) gör i en masteruppsats vid Linköpings universitet med juridisk inriktning en genomgång av vilket utrymme upphandlingslagstiftningen ger för att identifiera och motarbeta oseriösa bud. Bergström konstaterar, för det första, att den nya Lagen om offentlig upphandling innebär utökade möjligheter att ställa krav på arbetsmarknadsrelaterade och sociala förutsättningar samt miljökrav; den nya lagstiftningen innebär därmed också större möjligheter att diskvalificera anbudsgivare som ger prismässigt attraktiva bud på sådana grunder. Bergström klarar också hur möjligheterna ser ut att agera om den upphandlande myndigheten anser eller misstänker att ett bud är oskäligt lågt. Man har i det fallet rätt att ifrågasätta budet men måste ge utrymme för budgivaren att bemöta ifrågasättandet och måste motivera ett beslut att diskvalificera ett bud med det underlag man därefter har; Bergström jämför ett antal rättsfall som gått i olika riktning på denna punkt. Bergström identifierar också den avvägning som på någon punkt uppstår när högt ställda krav innebär att budgivare avskräcks; han svarar inte på den svårare frågan om hur stort problemet med oseriösa bud ska bedömas vara.

Vad gäller korruption så är det uppenbart att offentlig upphandling innebär att beslut fattas av tjänstemän på sina myndigheters uppdrag samtidigt som de får stora konsekvenser för dem som är inblandade på anbudsgivarsidan. Detta är ett arketyppiskt exempel på en situation där det finns risk för korruption – tjänstemän kan övertygas att fatta beslut i viss riktning med övertalningsmedel som går utanför rollen som anställd på myndigheten. Korruptionsrisker är för övrigt en av grundorsakerna till att regler för offentlig upphandling behövs – i frånvaron av klara och transparenta principer som kontrolleras skulle inköp med offentliga medel vara mycket svåra att värja mot korruption.

Det är alltså inte svårt att se risker för korruption och Konkurrensverket har i två rapporter utrett frågan genom att skissera möjliga fall, bedöma huruvida korruption kan spåras i vissa fall som prövats rättsligt samt gjort enkäter för korruptionsrisker.²⁶ De övergripande slutsatserna är att det inte finns stöd för misstankar om att korruption är ett stort problem, samt att de viktigaste frågorna kring korruption finns i den gråzon som bildas av fall där besluten inte är självklara och därmed kan ställas under inflytande av vänskapsband eller påtryckningar utan att väcka större uppmärksamhet.

4.2 Bredare hänsyn i upphandlingar

Den nu gällande Lagen om offentlig upphandling är tämligen ny – den tillämpas sedan den 1 januari 2017 – och representerar ett steg mot att i högre grad tillåta sociala och miljömässiga krav inom ramen för kravställning och upphandling.²⁷ Lagen uppdaterades också den 1 juni 2017; LOU och de andra lagarna kompletterades då med bestämmelser om att vissa upphandlingar ska innehålla särskilda arbetsrättsliga villkor.

Den förnyade lagstiftningen innebär av allt att döma en begränsad förflyttning, men fångar upp en utveckling över tid mot att miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga hänsyn i större utsträckning får beaktas. Praxis till följd av domar i EG-domstolen är utan tvekan en kraft som bidrar till denna utveckling.²⁸ Frågan om vilka hänsyn i dessa avseenden som tillåts i kravställning i offentlig upphandling har givetvis väsentliga konsekvenser för konkurrensen.

²⁶ Konkurrensverket 2013, 2018b

²⁷ Bergström, 2016.

²⁸ Hettne och Montin, 2018.

4.2.1 Intentioner och policydokument

En genomgång av upphandlingsdokument och upphandlingspolicies för ett antal kommuner ger vid handen att såväl sociala och miljömässiga som konkurrensrelaterade hänsyn lyfts fram. Ett utdrag ur upphandlingspolicyn för Skövde kommun är illustrativt (Skövde kommun, 2019):

All upphandling ska vara inriktad på att de upphandlande varorna och tjänsterna ska bidra till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt hållbar utveckling. I upphandlingar av livsmedel ska miljökrav, djurskyddskrav, krav rörande antibiotikaanvändning och smittskydd ställas i enlighet med upphandlingsmyndighetens kriteriedokument. Upphandling och inköp ska präglas av ett totalkostnadsperspektiv. Med detta avses att hänsyn ska tas till samtliga kostnader som är förenliga med upphandlingen. Livscykelperspektivet ska vara grundläggande vid beräkning av totalkostnaden. Upphandlingar ska, om det är ekonomiskt försvarbart, utformas så att såväl mindre som större företag har möjlighet att lämna anbud och delta i upphandlingen.

Uppenbart lämnar denna typ av styrdokument stort handlingsutrymme i den praktiska tillämpningen, både i den relativa betydelsen som olika delar tillmäts och i preciseringen av flera av kriterierna.

4.2.2 Konkurrens och engagemang av små och medelstora företag

Vad gäller konkurrenshänsyn så är ett genomgående tema att det angelägna i att skapa möjligheter för små och medelstora företag lyfts fram. Även om steget från det som uttrycks i dokument till prioriteringar i praktiken ibland kan vara tämligen långt, så är den bild som framträder att denna hänsyn – ambitionen att låta små och medelstora företag agera på upphandlingsmarknaderna på rimligt lika villkor – ges stor tyngd. Som vi kommer till i analysen nedan innebär det också att den mest robusta rekommendationen som kan ges vad gäller att befrämja konkurrens på upphandlingsmarknader – att främja inträde av aktörer som kan delta reellt i konkurrensen – är starkt etablerad som ett viktigt mål.

Denna observation får också stöd i de intervju- och enkätsvar som framkommit. Det förefaller stå helt klart att man ser det som viktigt att engagera så många företag som möjligt, och inkludera små och medelstora företag.

4.2.3 Samverkan och dialog

En mindre uppmärksammas men lika uppenbar och robust dimension som bestämmer graden av konkurrens och som kan påverkas genom policybeslut är frågan om vad som kan och bör upphandlas. I Uppsala kommun har man till exempel under 2019 inrättat ett upphandlingsråd, ett organ för upphandlingsfrågor där både kommunen och näringslivet finns med.²⁹ En viktig ambition med detta upphandlingsråd är att näringslivet involveras bortom traditionella upphandlingsfrågor och får en form av utmanarrätt, en möjlighet att ta initiativ för att väcka frågor om upphandling där upphandling idag inte sker.

Mer allmänt så är dialog mellan en upphandlande part och potentiella deltagare och leverantörer en viktig källa till informationsöverföring i båda riktningarna. Genom dialog kan den upphandlande aktören/myndigheten skaffa sig en bild av vilka möjligheter företag har att agera som leverantörer, inklusive vilka möjligheter man har att möta olika krav kring allt från grundläggande specificering och volymer till sociala och miljömässiga krav. Denna typ av dialog framhölls av personer i ansvarig ställning i flera intervjuer som viktig, inte minst för bedömningar kring vilka konsekvenser kravställning kan få för deltagande från olika leverantörers sida och därmed för konkurrensen. Det råder inte heller något tvivel om att denna typ av dialog är vanligare idag än tidigare.

Det är givetvis samtidigt så att samverkan och dialog kan tänkas skapa möjligheter för tyst samverkan och tysta överenskommelser som begränsar konkurrensen. Denna risk finns men det förefaller vara så att avvägningen mellan denna oro och behovet av dialog enligt ovan förskjutits i riktning mot att se samverkan och dialog som viktigt och legitimt.³⁰

Under alla omständigheter kan man emellertid här göra observationen att i den mån dialog och samverkan bidrar till att fler företag agerar på marknaden och deltar i anbudsgivning så är detta otvetydigt bra för konkurrensen.

4.2.4 Miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga villkor

Det är som redan nämnts ett tydligt mönster att miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga villkor lyfts fram både i det underlag som finns allmänt tillgängligt via upphandlingspolicy-dokument och andra riktlinjer hos upphandlande myndigheter, i vårt fall i första hand kommuner, och i enkät- och intervjuer. Det förefaller som om den öppning som skett via den nya lagen om offentlig upphandling har haft en begränsad effekt i sig; det förefaller snarare som att denna regeländring fångar upp en utveckling över tid som mest tydligt manifesteras genom en utveckling av vägledande utslag i EU-domstolen.³¹

²⁹ Upphandling24, 2019.

³⁰ Edquist, 2019.

³¹ Hettne och Montin, 2018.

I intervjusvar framgår också klart att kraven kring miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga villkor finns över ett mycket brett spektrum och att de drivs på både från politiskt håll inom kommuner och via nationella regelverk (här fanns en nyansskillnad i svaren från olika kommuner). Det bekräftades också i intervjusvar att det finns betydande uppföljningsproblem när man inte kan förlita sig på certifiering och märkning.

4.2.5 Innovation

Frågor kring effektiv upphandling går oundvikligen hand i hand med frågor om innovation och förnyelse av de varor och tjänster som upphandlas. Dessa frågor har nyligen uppmärksammats i en rapport av Edquist (2019) i denna skriftserie. Edquist argumenterar kraftfullt för att upphandlingar bör göras som funktionsupphandlingar, snarare än som produktupphandlingar och att pilotverksamhet och kompetensutveckling med sådan inriktning är viktiga instrument för att uppnå en sådan utveckling. Edquist pekar också på att samverkan och dialog är viktiga kanaler för att öppna upp för innovationer och att det är en positiv utveckling att sådana möjligheter betraktas med mindre misstänksamhet idag än tidigare. Det är på det hela taget lätt att instämma i detta men det är inte uppenbart att rågången mellan funktions- och produktspecifikation är så tydlig som Edquist antyder.

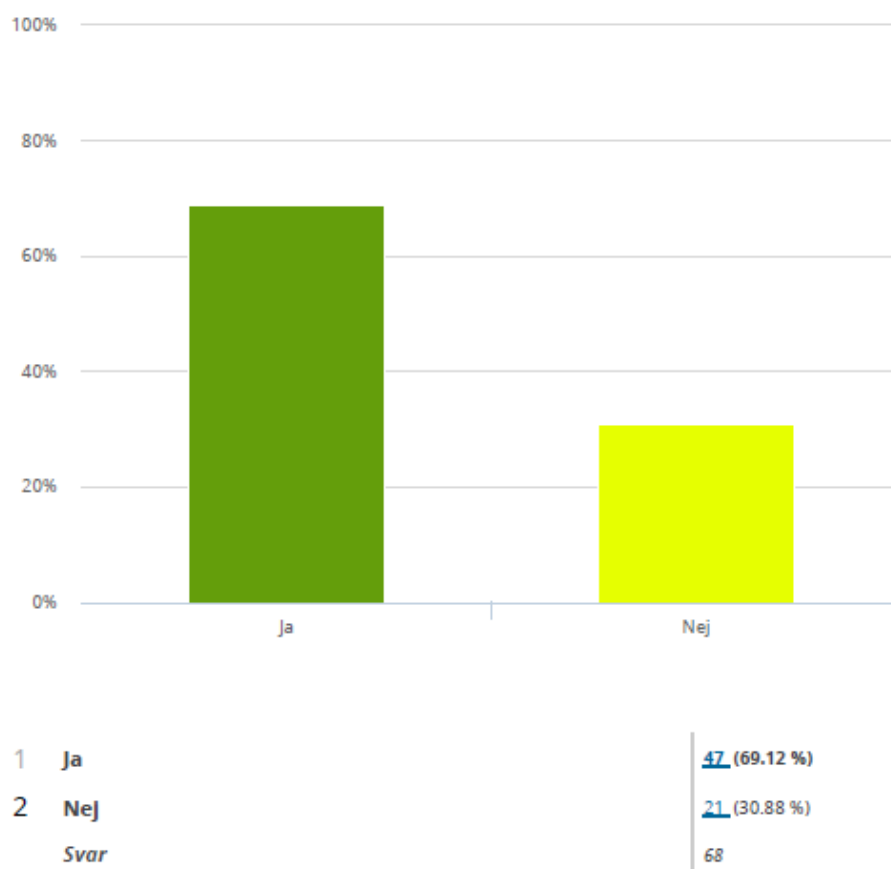
4.3 Enkätstudie om företags möjligheter att delta i offentliga upphandlingar

Utgångspunkter

För att få en inblick i hur de hinder och begränsningar som diskuterats – och andra hinder och begränsningar – ses av företag som kan tänkas lägga anbud gjordes i januari–februari 2020 en enkätstudie till knappt 1 300 svenska tillverkningsföretag om huruvida de deltagit eller övervägt att delta i offentliga upphandlingar. Enkäten hade utpräglad pilotkaraktär och sammanlagt svarade 114 företag; svarsfrekvensen var därmed ca 9 procent.

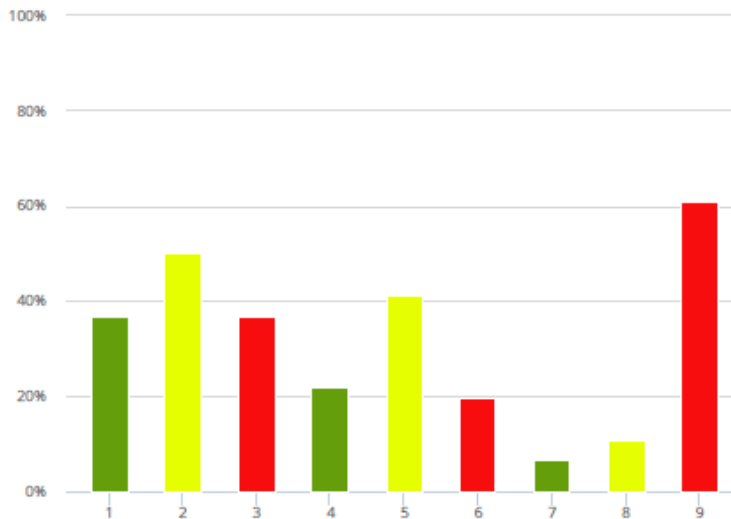
För att börja med bakgrundsfrågor så är det drygt 60 procent av de svarande företagen som svarar att de säljer varor och tjänster som köps av offentlig sektor, och det är en lika hög andel, drygt 60 procent, av de svarande företagen som svarar att de deltagit i någon offentlig upphandling. När det kommer till svaret på frågan om huruvida företaget ”medvetet avstått eller övervägt att avstå från att lämna anbud i en upphandling där man varit lämpad att leverera den efterfrågade tjänsten eller varan” så svarar mer än två tredjedelar av de företag som svarat på denna fråga ”ja”. Detta illustreras i figur 1 där också de exakta siffrorna framgår. Det är en påfallande hög andel av företagen som svarar ja på frågan men det är värt att notera att frågan är formulerad så att den även tillåter att man ”övervägt att avstå” och att

den låga svarsfrekvensen lämnar utrymme för möjligheten att det är en proportionerligt större andel av missnöjda företag som svarat på enkäten.



Figur 1. Svar på frågan "Har företaget medvetet avstått eller övervägt att avstå från att lämna anbud i en upphandling där man varit lämpad att leverera den efterfrågade tjänsten eller varan?" 68 svarande totalt.

I nästa steg kommer följdfrågan om varför företaget – om så är fallet – medvetet avstått eller övervägt att avstå från att lämna anbud i en upphandling där man varit lämpad att leverera varan eller tjänsten ifråga. Svaret på denna fråga redovisas i figur 2 nedan. Man kan åter göra observationen att "smör-och-bröd-hänsyn" är de som tydligast kommer fram. Mer än 60 procent av de svarande anför att det är komplicerat och dyrt att lämna anbud; ungefär hälften ser svag lönsamhet som en viktig anledning, vilket som vi återkommer till är genomgående även i fritextkommentarerna. Den anledning som främst pekas ut som inte är en transaktionskostnad är att upphandlingen bedöms riktad till en specifik leverantör. Man kan också notera att medan volymkrav kommer fram som ett väsentligt problem för företagen, så gäller detta inte för krav på kontraktstider.



1	Företaget bedömde att det varit för kostsamt att kvalificera sig för att uppnå villkoren uppställda i upphandlingen.	17 (36.96 %)
2	Affären med parten som upphandlar bedöms som olönsam.	23 (50 %)
3	Orimliga volymkrav, antingen höga eller låga, uppställs i upphandlingen.	17 (36.96 %)
4	De kvalitetskrav som uppställs i upphandlingen har bedömts som orimliga.	10 (21.74 %)
5	Upphandlingen bedöms som att den i förväg varit riktad för att gynna en specifik leverantör.	19 (41.3 %)
6	Risken att bryta mot kravställningen i upphandlingen bedöms som för stor.	9 (19.57 %)
7	Orimligt lång kontraktstid.	3 (6.52 %)
8	Osäkerheten kring eventuella överprövningar av tilldelningsbeslut.	5 (10.87 %)
9	Komplicerat och dyrt att lämna anbud i relation till sannolikheten att vinna upphandlingen.	28 (60.87 %)

Figur 2. Svar på frågan "Har företaget medvetet avstått eller övervägt att avstå från att lämna anbud i en upphandling där man varit lämpad att leverera varan eller tjänsten ifråga? Om svaret på fråga 4 är ja. Vilken är anledningen?" 46 svarande totalt.

När vi kommer till fritextsvaren så gäller det två frågor:

- dels en öppen möjlighet att komplettera frågan om varför man valt att avstå eller övervägt att avstå från att delta i offentliga upphandlingar som beskrivs ovan,
- dels den öppna avslutande frågan, "Har ni någon annan kommentar om offentlig upphandling och dess tillämpning och hur det påverkar företagets affärsmöjligheter och konkurrensen på marknaden?"

Vad gäller den första är det väsentligt att komma ihåg att svaren på den första fritextfrågan kommer från företag som medvetet avstått eller övervägt att avstå från att delta i offentliga upphandlingar; det är alltså ett urval av företag som ser problem och tycker att upphandlingar inte fungerar väl. Som framgick ovan är antalet svarande också mindre än hälften av de företag som besvarat enkäten.

Mot denna bakgrund är det ändå värt att notera att det finns ett helt dominerande svar på frågan varför man avstår från att delta i upphandlingar – att det i otillbörligt hög grad blir priset som avgör och att det ger svag lönsamhet i stort och specifikt svag lönsamhet i att satsa på hög kvalitet. Det finns nyanser i dessa svar, men det utgör den dominerande delen av fritextkommentarerna.

Utöver denna huvudkommentar kan man hitta ett flertal mer specifika kommentarer, som att viss kvalitetscertifiering – där ISO-standarder nämns – inte erkänns/belönas; att Svanen-märkning är ett enkelt sätt för upphandlare att ställa miljökrav som utestänger företag som av någon anledning inte kan kvalificera sig för Svanen-märkning. Man kan också notera fritextkommentarer som noterar farhågan att upphandlingar är riktade till specifika leverantörer.

När det gäller den mer öppna avslutande frågan återkommer en del av kommentarerna enligt ovan. Vidare framkommer här – precis som från svaren sammanfattade i figur 2 – att många företag uppfattar olika handfasta transaktionskostnader som en barriär; detta gäller både direkta kostnader och de risker man uppfattar via oförutsägbara processer och i något fall nämns också osäkerheten i hur uppföljning kommer att ske och tillämpas. I de sammanfattande fritextsvaren finns också konkreta positiva hänvisningar, som att man finner en mer naturlig roll som underleverantör och att man ser principerna för offentlig upphandling som i grunden sunda. Kommentarererna kring ett komplicerat regelverk och ett otillbörligt fokus på prisdimensionen återkommer.

Sammanfattningsvis så måste man alltså för det första påminna sig i hur hög grad enkätstudien är av pilotkaraktär. Med detta i åtanke syns två huvudbudskap:

- En viktig anledning till att inte delta i offentlig upphandling är handfasta transaktionskostnadshänsyn grundade i att det är dyrt eller svårt att delta i relation till möjligheten att vinna en upphandling.
- Bland de företag som medvetet avstår från att delta i upphandlingar är uppfattningen att priset är det helt dominerande kriteriet och att detta leder till otillräcklig lönsamhet och alltför svaga drivkrafter till att arbeta med kvalitet och utveckling.

5 Analys och policyslutsatser

Offentlig upphandling handlar på många sätt om att balansera på slak lina och slå en ändamålsenlig balans mellan fundamentalt motstridiga restriktioner och målsättningar. Detta gäller inte minst motsättningen mellan affärsmässighet – där exempelvis givande och tagande i en slutförhandling är ett naturligt inslag – och en strikt regelstyrning som så långt som är rimligt tar bort möjligheterna till väntjänster och korruption. Offentlig upphandling ställs också inför motstridiga önskemål som finns på vilken marknad som helst. Det finns exempelvis en risk att konkurrens kan få ett självdestruktivt inslag på en marknad med få och starka köpare – om konkurrensen driver bort alla utom en lite grupp säljare riskerar man så småningom att bidra till en stärkt marknadsstyrning på säljarsidan.

Det samma gäller motsättningen mellan ambitionen att pressa pris och att värna kvalitet och innovation. Denna motsättning blir tydlig närhelst inköp-finansieringskonsumtion separeras på olika sätt, som sker i samband med offentlig upphandling. Eftersom det inte är slutanvändarna som kan bedöma och bestämma önskvärd kvalitet genom val – även om det finns undantag även i upphandlingssammanhang – så är det upphandlaren som måste slå balansen på denna punkt och värna kvaliteten genom ändamålsenliga kontrakt.

5.1 Policyslutsatser på marknaden

I detta delavsnitt diskuterar vi policyslutsatser i termer av genomgången av direkt marknadsrelaterade mekanismer som vi diskuterade i början på avsnitt 4 och som kommer fram i enkätstudien.

5.1.1 Måluppfyllelse gäller affären – inte bara priset

Det finns i viss diskussion en stark tendens att bolla med stora siffror på besparingsmöjligheter som inte förefaller särskilt väl belagda; det förefaller exempelvis förekomma ett återkommande påstående att ”mer än 100 miljarder går upp i rök”.³² Det finns en mycket stark tendens i sådana framställningar att luta sig åt det ena eller andra hållet i de konflikter som finns och som beskrevs i inledningen till avsnittet ovan. Det är lätt att tala om brist på affärsmässighet och stelbenthet utan att notera den fundamentala motsättningen mellan affärsmässighet och uppenbart rimliga restriktioner i handlingsfrihet lokalt.

³² Ett exempel finns i Dagens Industri, 2019.

Det finns också mer komplexa frågor som stundom leder fram till enkla slutsatser, t.ex. rapporteras i Upphandling²⁴ (2015) rapporten "Den offentliga marknaden i Sverige" (Arnek m.fl., 2015), där det framgår att en icke obetydlig (om än liten) andel av företag som tilldelas kontrakt har betalningsanmärkningar och/eller skatteskulder. Medan det är självklart av ett antal uppenbara skäl att detta är ett problem och att möjligheten för sådana företag att delta i offentliga upphandlingar så långt som är rimligt möjligt bör undanröjas, så är det faktiskt tveksamt om man otvetydigt bör säga att detta är ett problem för konkurrensen och något som kostar skattebetalarna pengar. Bristande uppföljning av kvalitetskrav och överenskomna specifikationer – som vi återkommer till nedan – förefaller som ett betydligt större problem ur konkurrenssynpunkt.

Det står i detta sammanhang också klart att det på nästan alla marknader finns en avvägning mellan pris och kvalitet i den lite starkare bemärkelsen att ökad pris-/kostnadspress, allt annat lika, riskerar att leda till kvalitetsförsämring. Även med god beställarkompetens och med höga ambitioner att specificera kvalitet, kommer det att kvarstå aspekter av kvalitet som inte är föremål för kontraktsreglering. Skärpt konkurrens som sänker priser och kostnader kommer då att bidra till att sådana kvalitetsaspekter kommer under ytterligare press.³³

I det empiriska underlaget från den enkätstudie som presenterades ovan och i de intervjuer som genomförts framgår att denna motsättning är reell. Bland de företag som medvetet avstått från att delta i offentliga upphandlingar, eller övervägt att göra det, finns en stark uppfattning dels om att transaktionskostnader är avskräckande, dels att konkurrensen är kostnads-/prisorienterad på ett sätt som avskräcker deltagande och har en återhållande effekt på kvalitetsambitioner och utveckling. Det är dock som påpekats väsentligt att komma ihåg att dessa kommentarer till stor del kommer från företag som avstått från att delta i upphandlingar. I de kommentarer som kommer från hela urvalet finns även kommentarer om att upphandling fungerar väl.

I diskussioner och intervjuer med personer som ansvarar för offentlig upphandling märks en stark medvetenhet om att arbeta med inbjudan och inkludering av potentiellt deltagande företag och att ta del av synpunkter. Detta leder naturligen vidare till nästa observation.

5.1.2 Transaktionskostnader är viktiga

Observationen att transaktionskostnader är viktiga har gjorts återkommande i rapporten. Det gäller både direkta transaktionskostnader som deltagande i en offentlig upphandling är förenad med, och transaktionskostnaden att man som budgivare

³³ Som diskuterats ovan är detta en tillämpning av Holmström och Milgrom (1991) och det empiriska stödet beläggs i översikten i Andersson, Jordahl och Josephson (2019).

går in i en process som i sig genererar nya former av risk och osäkerhet. Till exempel kan en budgivare som går in i en offentlig upphandling uppfatta en risk att konkurrerande budgivare går in med oseriösa bud som inte omedelbart kommer att genomskådas eller följas upp.

Observationen att transaktionskostnader har stor betydelse är dessutom viktig därför att den ibland kan komma i skymundan för hänsyn som bygger på mer avancerade eller mer subtila teoretiska resonemang.

Vad gäller implikationer så är de klara: det är viktigt att inte komplicera förfrågningsunderlag i onödan, att vara stringent i att ange vilken uppföljning som kommer att göras och att implementera denna konsekvent. Det är emellertid också viktigt att notera att en del av transaktionskostnaderna, precis som regelverket för offentlig upphandling, finns för att garantera stringens och likabehandling vid upphandlingar.

5.1.3 Deltagande och inträde är avgörande

En av de mest robusta slutsatserna från teorin om auktioner är att det alltid är en fördel för en säljare i en traditionell auktion att ha så många budgivare som möjligt.³⁴ Det samma gäller givetvis för en köp- eller upphandlingsauktion; det är alltid bra att ha så många anbudsgivare som möjligt. Paradoxalt nog har denna naturliga och närmast uppenbara slutsats ibland kommit i skymundan i teorin om auktioner.³⁵

Denna observation har en tämligen rättfram tillämpning i praktiskt arbete med upphandling. Det finns helt enkelt mycket att vinna på att engagera så många relevanta budgivare som möjligt. Det innebär inte att det är meningsfullt att till varje pris öka antalet budgivare – uppenbart svaga budgivare kommer inte att påverka marknaden på ett påtagligt sätt.³⁶ Det är också värt att notera att mistänksamheten om att det kan finnas "tilltänkta" eller favoriserade budgivare, att döma av enkätstudien, existerar. Allt detta talar för att en breddning av kretsen tilltänkta budgivare måste vara förankrad i en genuin ambition att engagera var och en av dessa.³⁷

³⁴ Klemperer 2004, kap. 4.

³⁵ De har kommit i skymundan genom att grundmodellen varit fokuserad på resultat för ett givet antal budgivare, och att vissa resultat varit drivna av vad som närmast kan sägas vara spetsfundigheter.

³⁶ I vissa andra auktionssammanhang med "common values" kan det till och med vara en nackdel för den som organiserar en auktion att involvera svaga budgivare om man samtidigt anpassar antalet enheter som är föremål för auktion (Klemperer, 2004).

³⁷ Det är för övrigt inte nödvändigtvis så att en marknad vinner på att drivas väldigt långt mot fritt inträde. Bergman och Jordahl (2014) gör i sin analys av svensk äldreomsorg bedömningen att marknaden för hemtjänst enligt valfrihetsmodell påverkas negativt av att inträdeshindren är närmast obefintliga. Dessa reservationer har emellertid svag policyrelevans i de sammanhang vi studerar – i offentlig upphandling av varor och tjänster främjas konkurrensen av fler deltagare.

5.1.4 Marknadsdefinition och deltagande

Frågan om att engagera så många budgivare som möjligt i ett givet sammanhang överlappar frågan om att utvidga möjligheten att delta i budgivning till nya sammanhang. Det är ett viktigt budskap från nationalekonomisk teori kring dessa frågor i allmänhet och kontraktsteori i synnerhet att strukturella egenskaper hos de varor och tjänster som köps och säljs har betydelse för hur utbyte bäst organiseras. Det står vidare – i lite svepande ordalag – klart att goda möjligheter att observera och skriva kontrakt om kvalitet och viktiga egenskaper allmänt sett gör det mer lämpligt att använda marknadsmekanismer, som exempelvis offentlig upphandling. När omvärlden förändras – exempelvis genom ny teknik – förändras även sådana strukturella förutsättningar, vilket kan leda till att varor och tjänster blir antingen mer eller mindre lämpliga för formaliserad upphandling.

Det är under alla omständigheter viktigt att arbeta proaktivt för att medverka till att upphandlingar faktiskt initieras och sker när så är lämpligt, vilket kan göras genom att dels återkommande ställa frågan inom organisationer och myndigheter som bedriver upphandling, dels säkerställa ändamålsenlig dialog med de marknadsaktörer som levererar och kan leverera de varor och tjänster som offentlig sektor behöver; vi återkommer till detta under "Partssamverkan och dialog" nedan. Motsvarande process bör givetvis tillämpas så att upphandling avvecklas på områden där andra arrangemang blir mer ändamålsenliga.

5.2 Policyslutsatser i marknadens omgivning

I detta avsnitt kommer vi att beröra ett antal aspekter som går lite utanför de traditionella marknadsegenskaperna och som vi argumenterar för är viktiga gränssytor i dagens diskussion om offentlig upphandling, konkurrens och samlad måluppfyllelse.

5.2.1 Uppföljning

Vi har redan nämnt uppföljningsfrågor och vi kommer att komma tillbaka till dem när vi berör sociala och miljömässiga villkor nedan. Det är dock värt att betona frågan under separat rubrik då den dels är principiellt viktig, dels framgår som viktig både i enkätundersökningen som nämndes i förra avsnittet och i de intervjuer som genomförts.

Principiellt innebär uppföljningsfrågan ett dilemma då syftet med uppföljning in främst är kontrollen i sig, utan att skapa drivkrafter för producenten att möta de krav som ställts och den kvalitet som utlovats. Den senare effekten drivs av att producenten tror att uppföljningen kommer att ske, snarare än uppföljningen i sig.³⁸

Även om denna spänning inte ska överdrivas och kan hanteras genom formaliserade och tydliga uppföljningssystem så är det klart att det även i praktiken är ett problem. Det finns en oro hos företag som överväger att delta i upphandlingar att de ska konkurreras ut av företag som i någon utsträckning är beredda att dra fördel av – eller spela mot – möjligheten att uppföljning inte sker. Det är därför viktigt att upphandlande myndigheter har just formaliserade och tydliga system som garanterar att uppföljning – som förvisso kan ha stickprovsinslag – sker. Det är, som vi återkommer till, särskilt tydligt när det gäller faktorer som inte direkt är synliga för köparen eller brukaren, som exempelvis krav på produktionsmetoder eller arbetsvillkor i olika led. Icke desto mindre är det minst lika viktigt i andra sammanhang eftersom det finns en risk för snedvriden eller orättvis konkurrens så fort det uppfattas finnas risk att vissa leverantörer spelar på möjligheten att villkor eller krav inte följs upp.

5.2.2 Partssamverkan och dialog

Vi har ovan nämnt möjligheten att partssamverkan mellan upphandlande myndighet och representanter för budgivarsidan kan tjäna ett syfte att involvera den berörda näringen i att stimulera upphandling. Det upphandlingsråd som man arbetar med i Uppsala och som nämndes ovan och rapporterades i Upphandling24 (2019) är ett sådant exempel. Det finns emellertid också anledning att hissa en varningsflagga ur ett konkurrensperspektiv. Samverkan med branschen kan öppna upp nya möjligheter och bidra till att involvera fler företag, men man kan inte bortse från att branschföreträdare har ett fundamentalt intresse i att begränsa konkurrensen och att samverkansorgan kan erbjuda möjligheter att agera i detta intresse.

Samtidigt är det uppenbart att partssamverkan och dialog är helt nödvändiga ingredienser för att öppna upp offentlig upphandling för innovation, utveckling och för att göra det möjligt för upphandlande parter att navigera på vägen mot ofta mycket ambitiösa miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav som vi kommer till nedan.

³⁸ I en rationalistisk ekonomisk modell kan detta drivas till ett negativt resultat att uppföljning alltid är en kostnad för köparen och därför inte kommer att ske, vilket i sin tur leder till att krav och löften inte uppfylls.

Även här finns det anledning att påminnas sig att samverkan och dialog som leder till fler aktörer är otvetydigt bra för konkurrensen – så länge ambitionen att engagera ytterligare aktörer är reell. Denna observation stärks när landskapet förändras mot starkare önskemål att vara innovationsdrivande, och mot större fokus på sociala, miljömässiga och arbetsrättsliga villkor. Dessa önskemål begränsar, allt annat lika, antalet aktörer som är behöriga att delta – samverkan kan bidra till att värna ett större antal reellt kvalificerade budgivare.

5.2.3 Miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav

Som framgått ovan så finns det en utveckling mot ett väsentligt stärkt fokus på miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav. Det finns ett antal observationer som kan göras här. För det första så avspeglar dessa ambitioner positiva drivkrafter och är utan tvekan politiskt förankrade. För det andra så är karaktären hos dessa ambitioner så mångfacetterad att det är svårt att göra den till föremål för ens någorlunda stringent "cost-benefit"-analys. För det tredje så väcker varje nytt krav nya kontroll- och uppföljningsfrågor.

Det finns anledning att penetrera just det mångfacetterade lite ytterligare. Förutom att sådana hänsyn och sådana krav kan ställas i många dimensioner så finns det viktiga dimensioner där ambitionen drivs främst av politisk vilja. Även om det ligger i utkanten av ramarna för denna rapport så förtjänar det att påpekas att det sakliga underlaget för att ställa krav på ekologisk produktion kan ifrågasättas, bland annat p.g.a. lägre produktivitet och därmed följande högre klimatbelastning. Det finns också miljöcertifieringar som bidrar till att motverka GMO-grödor på ett sätt som riskerar att drabba både export- och utvecklingsmöjligheter för jordbruk i den fattigaste delen av världen och långsiktig global livsmedelsförsörjning.

Uppföljningsfrågorna är också viktiga på samma sätt här som i kontraktsstyrning i övrigt. De krav som ställs måste backas upp antingen genom direkt uppföljning eller genom standardisering/certifiering som innebär att en del av denna uppföljning hanteras av en tredje part. Även här finns en risk att kombinationen av politisk vilja, mångfacetterade mål och tillgången på standarder för certifiering gör att utvecklingen drivs av tillgängliga möjligheter snarare än klara prioriteringar.

Frågan om hur konkurrensvårdande myndigheter ska förhålla sig till denna utveckling är viktig men inte enkel, och denna rapport kan bidra till att klargöra frågan snarare än att besvara den. Vilka miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav som ska ställas är inte en konkurrensfråga, men utformning, specificering och inte minst uppföljning har stora och tydliga konsekvenser för konkurrens. Diskussionen om vilka krav som är ändamålsenliga för sitt övergripande syfte är inte heller en konkurrensfråga, men det är en helt central fråga för att värna ett gott resursutnyttjande.

5.2.4 Ideella aktörer och gränsytan mellan inköp och egenregi

Det finns ytterligare en gränsyta som delvis är en förlängning av frågorna om miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav som diskuterades ovan. Detta berörs i Hettne och Montin (2018).³⁹ Det gäller frågor om var gränsen går för ren egenregi, som enligt gällande rättstolkning inte behöver upphandlas men som inte är glasklart avgränsad mot exempelvis kommunala bolag eller bolag med lokala kommunförbund som huvudmän. Det gäller också engagemang av icke-vinstdrivande aktörer; sådana aktörer kan delta i upphandlingar men det finns också en öppning för att klassificera en verksamhet som drivs av en icke-vinstdrivande aktör som "icke-ekonomisk" och därmed inte föremål för upphandling. Ytterligare en gränsyta i samma anda är krav på anställning av lokal arbetskraft, företrädesvis lokal arbetskraft med svag anknytning till arbetsmarknaden, i fall där det kan vara rimligt; ett exempel är upphandling av en genomgripande upprustning av ett helt bostadsområde. Det finns uppenbart en genuin och konstruktiv ambition här, men det är samtidigt uppenbart att risken för undanträngningseffekter är mycket stor – de uppgifter för vilka man kan ålägga en kontraktspart att anställa arbetskraft med svag anknytning till arbetsmarknaden skulle sannolikt under alla omständigheter utförts av arbetskraft som inte är starkt förankrad på arbetsmarknaden. Denna kritik har uttryckts tydligt i samtal med branschföreträdare.

Konsekvenserna i termer av konkurrens är här, liksom i många andra sammanhang, sammansatta. Genom att vidga kretsen av aktörer genom att engagera icke-vinstdrivande verksamheter innebär i sig att marknaden vidgas vilket i grunden främjar konkurrens; samtidigt innebär möjligheten att göra konkurrensutsättningen på ett mindre stringent sätt en risk att konkurrensen försvagas. Det samma gäller i grunden egenregi – genom att aktivt bevara kapacitet att bedriva verksamhet i egen regi och ha denna som jämförelsepunkt mot vad marknaden kan erbjuda befrämjas konkurrens i grunden, samtidigt som möjligheterna att välja egenregi framför upphandling ger utrymme att inte ta till vara de möjligheter som marknaden och konkurrensen på marknaden ger.⁴⁰ Som framkommer i enkätundersökningen är miss tanken om att en upphandling favoriserar ett visst utfall ibland reell, och det är viktigt att transparensen i förutsättningarna att konkurrera med egenregi är mycket hög.

³⁹ Se även Wehlander (2018) för en diskussion av avgränsningarna för när offentligt finansierad verksamhet lyder under upphandlingslagstiftningen; exempel på frågor som tas upp – och som inte alls berörs i denna rapport – är offentliga bidrag till föreningar och organisationer.

⁴⁰ Detta berörs i Andersson, Jordahl och Josephson (2019).

6 Samlade slutsatser

Uppdraget för denna rapport har varit att formulera och besvara frågor kring hur konkurrens beaktas och skulle kunna beaktas för ändamålsenlig och effektiv offentlig upphandling. Underlaget för rapporten är observationer kring grundläggande regelverk och siffror kring offentlig upphandling, en teoridiskussion om konkurrens och auktioner samt ett empiriskt material i form av en enkätstudie av utpräglad pilotkaraktär och ett antal intervjuer. Pilotstudien ger en provkarta på synpunkter från företag som på det hela taget uppfattat barriärer mot att medverka i offentliga upphandlingar. Intervjuerna har gjorts med personer som befinner sig i ansvarig ställning för upphandling i kommuner samt med representanter för branschorganisationer på anbudsgivarsidan. Med detta samlade underlag för vi i rapporten ett resonemang kring hur konkurrens påverkas och kan befrämjas i det sammanhang som svensk offentlig upphandling innebär.

Rapportens slutsatser kan delas upp i två huvuddelar. Den första gäller konkurrens i den mer direkta bemärkelsen – hur upphandlingsförfaranden bedrivs vad gäller öppenhet och medvetenhet om att konkurrens påverkas av annonsering och specificering, och att det är viktigt för konkurrensen att göra det möjligt för så många leverantörer som möjligt att delta. Pilotstudien pekar på betydelsen av transaktionskostnader – det kräver resurser och innebär risktagande att delta i en offentlig upphandling och många företag avskräcks av detta arbete. Pilotstudien ger också vid handen att många företag uppfattar att offentlig upphandling leder till utpräglad priskonkurrens och stundom motverkar hög kvalitet och försvårar utveckling. Från köparsidan finns en stark medvetenhet om att det är viktigt att göra det möjligt för små och medelstora företag att delta. I grunden förefaller medvetenheten om dessa konkurrensfrågor god och hanteringen av dem ändamålsenlig. Det förefaller också som om medvetenheten om och uppmärksamheten kring konkurrensfrågor är större än uppmärksamheten kring frågor om uppföljning av kontrakt; bristfällig uppföljning riskerar att inte bara att leda till att man inte får det man kontrakterat, utan också att undergräva säljarnas förtroende för villkorsställandet och en rättvis konkurrens. Både teori och indikationer från enkätstudien pekar på vikten av att engagera många leverantörer, och att göra det på lika villkor.

Den andra delen gäller konkurrens i vidare bemärkelse – hur policy för och omfattning av upphandling påverkar det ekonomiska utbytet av de resurser som ansvariga myndigheter använder för att bedriva verksamhet. Det finns ett antal frågor kring vilka aktiviteter som kan göras till föremål för upphandling, hur upphandlingsfrågor ska hanteras när egenregi är ett alternativ och när det finns ambitioner att involvera ideella eller icke-vinstdrivande aktörer. Dessa frågor uppfattas inte nödvändigtvis som konkurrensfrågor men de har direkta konsekvenser för resursanvändningen och möjligheten att utnyttja marknader och konkurrens. En viktig del av det handlingsutrymme som finns gäller de principer enligt vilka man ställer miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav. Det ligger långt utanför rapportens uppdrag och möjligheter att ta ställning till vad som är optimalt i dessa avseenden,

men det står helt klart att dessa krav över tid fått större spelrum. Det förefaller också stå klart att kraven i hög grad drivs av politisk vilja snarare än prioriteringar som föregåtts av omfattande analyser. Eftersom man lite grann bryter ny mark när man ställer sådana krav förefaller det också klart att kontroll och uppföljning inte fullt ut hinner med; krav på certifiering kan vara ett kompletterande instrument till direkt uppföljning men kan å andra sidan ha utestängande effekter.

Den samlade slutsatsen av det ovanstående är att det finns anledning att lägga mer kraft och resurser på att göra konsekvensanalyser av tillämpningen av miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav. Möjligheten att ställa sådana krav har utvidgats över tid och innebär en högst reell möjlighet för offentliga aktörer att genom upphandling göra skillnad i ett antal viktiga avseenden. Samtidigt är det viktigt att både utbyte och kostnader analyseras och att ändamålsenliga krav följs av ändamålsenlig uppföljning. Och den inledande observationen att den samhällsekonomiska kostnaden för en skattekrona är större än en krona är viktig att ha med sig.

En övergripande och avslutande slutsats är att transparens, klarhet och beställarkompetens är viktigt. Ett sådant arbetssätt värnar köpare och skattebetalare direkt genom att klargöra vad som efterfrågas, och indirekt genom att sänka transaktionskostnader och därmed främja konkurrensen. Likabehandling av aktörer, medvetenhet om regler och en stringens i processen från förberedelsefasen till uppföljningen av ställda villkor – inte minst de villkor som i tilltagande grad ställs i miljömässiga och sociala frågor – är avgörande för att värna både integritet och effektivitet i processen.

Referenser

Referenser (Innehåller referenser som inte nämns)

Andersson, F., 2017. *Market Solutions*. I Lapsley, I. och H. Knutsson (red.), *Modernizing the Public Sector – Scandinavian perspectives*, kap. 11, s. 181–92. Routledge, Abingdon and New York.

Andersson, F., H. Jordahl och J. Josephson, 2019. *Outsourcing Public Services: Contractibility, Cost, and Quality*. Forthcoming, CESifo Economic Studies.

Arnek, M., K.-M. Modén, S. Sidholm, F. Tamm och B. Wahlman, 2015. *Den offentliga marknaden i Sverige. En empirisk analys av den offentliga sektorns samlade inköp*. Konkurrensverket, uppdragsforskningsrapport 2015:4.

Bergman, M. och H. Jordahl (2014). *Goda år på ålderns höst? En ESO-rapport om konkurrens i äldreomsorgen*. Rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO), 2014:1.

Bergström, 2016. *Konkurrens vid offentlig upphandling – Särskilt avseende oseriösa anbud*. Masteruppsats, Linköpings universitet.

Dagens Industri, 2019. *Miljardsvinn på rekordmarknad*. Tema offentliga affärer, 2019-04-09.

Edquist, C., 2019. *Funktionsupphandling för innovation, välfärd och miljö*. Konkurrensverket, uppdragsforskningsrapport 2019:2.

Europeiska kommissionen, 2013. *The marginal cost of public funds in the EU: the case of labour versus green taxes*. Working paper N. 35, 2013.

Glaeser, E. och A. Shleifer, 2001. *Not-for-profit entrepreneurs*. *Journal of Public Economics* 81: 99–115.

Hettne, J. och S. Montin, 2018. *Politik och juridik inom offentlig upphandling*. *Statsvetenskaplig tidskrift* 2018(5), 115–133.

Holmström, B. och P. Milgrom, 1991. *Multitask principal-agent analyses: Incentive contracts, asset ownership, and job design*. *Journal of Law Economics and Organization* 7: 24–52.

Indén, T. och J. Lundberg, 2018. *Offentlig upphandling, kvalificering och ekonomisk ställning*. Konkurrensverket, uppdragsforskningsrapport 2018:3.

Klemperer, P., 2004. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton University Press, Princeton.

<https://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/virtualbook/virtualbookcoversheet.asp>

Konkurrensverket, 2013. *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel* Konkurrensverkets rapportserie 2013:6.

Konkurrensverket, 2018a. *Dela upp eller motivera i upphandlingen. Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU*. Konkurrensverkets rapportserie 2018:8.

Konkurrensverket, 2018b. *Korruption som begränsar konkurrensen*. Konkurrensverkets rapportserie 2018:10.

Tirole, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press

Upphandling24, 2015. *Kampanjar för att få mer för pengarna*. Artikel publicerad 2015-06-17.

<https://upphandling24.se/kampanjar-for-att-fa-mer-for-pengarna/>

Upphandling24, 2019. *Upphandling i fokus i nya Uppsalapolitiken*. Artikel publicerad 2019-04-15.

<https://upphandling24.se/upphandling-i-fokus-i-nya-uppsalapolitiken/>

Upphandlingsmyndigheten, 2018. *Statistik om offentlig upphandling 2018*. Upphandlingsmyndigheten rapport 2018:2; Konkurrensverket rapport 2018:9.

Upphandlingsmyndigheten, 2019. *Statistik om offentlig upphandling 2019*. Upphandlingsmyndigheten rapport 2019:5; Konkurrensverket rapport 2019:3.

Wehlander, C. (2018). *När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU? – Studie med särskilt fokus på EU-begreppen SGEI och NSGI* Konkurrensverket, uppdragsforskningsrapport 2018:5.

Weisbrod, B., 1988. *The Nonprofit Economy*. Harvard University Press.

Empiriskt material kring upphandling på kommunnivå

Policyer och riktlinjer

Haninge

<https://www.haninge.se/kommun-och-politik/kommunfakta/regler-och-styrande-dokument/kommun-och-politik/ekonomi/upphandlingspolicy/>

Höör

<https://www.hoor.se/naringsliv-arbete/inkop-och-upphandling/>

Linköping

<https://www.linkoping.se/naringsliv-och-arbete/upphandling-och-inkop/>

Kalmar kommun

<https://naringsliv.kalmar.se/upphandling-och-inkop/fragor-och-svar-om-upphandling-och-inkop.html>

Skövde

<https://skovde.se/naringsliv-och-arbete/upphandlingar-2/Upphandlingspolicy/>

Upphandlingspolicy, nedladdad från webb daterad 2019-05-22

Uppsala

<https://www.uppsala.se/organisation-och-styrning/publikationer/upphandlingspolicy-for-uppsala-kommun-med-bolag/>

Upphandlingspolicy, nedladdad från webb daterad 2018-03-26

Varberg

<https://www.varberg.se/naringslivarbete/upphandlingochinkop.4.73524e2413e64b1dd1120b8.html>

Intervjuer

Susanne Afzelius, Upphandlingschef, Uppsala kommun

Daniel Czitrom, Upphandlingsstrateg, Linköpings kommun

Ulrica Dyrke, Jurist och Näringspolitisk expert, Almega

Jens Hannemann, Upphandlingschef, Örnsköldsviks kommun

Ellen Hausel Heldahl, Jurist och expert på offentlig upphandling, Svenskt Näringsliv

Anna Sverresdotter, Upphandlingschef, Kalmar kommun

Frågor i enkätundersökning

1. Säljer företaget varor och tjänster som köps av offentlig sektor?

- a. ja
- b. nej

2. Vilken försäljning har företaget idag till offentlig sektor?

- a. Ingen alls
- b. I mindre utsträckning – det är en av många kunder
- c. I större utsträckning – företaget har viktiga kunder från den offentliga sektorn

3. Har företaget deltagit i någon offentlig formellt annonserad upphandling genom att lämna ett eget anbud?

4. Har företaget medvetet avstått eller övervägt att avstå från att lämna anbud i en upphandling där man varit lämpad att leverera varan eller tjänsten ifråga?

Om svaret på fråga 4 är ja. Vilken är anledningen:

- a. man har bedömt det för kostsamt att kvalificera sig och göra regelarbetet eller för mycket arbete att bevaka möjligheterna
- b. affärer med de parter som annonserat upphandlingar bedöms som otillräckligt lönsamma
- c. det har ställts volymkrav (på stora eller små volymer) som gjort affären ointressant

- d. det har ställts kvalitetskrav (på hög eller låg eller på annat sätt för ert vidkommande svårproducerad kvalitet) som gjort affären ointressant
- e. företaget har dåliga erfarenheter från andra upphandlingar eller upphandlingen har uppfattats som riggad för ett givet företag
- f. risken att oavsiktligt bryta mot regelverket är för stor
- g. krav på lång kontraktstid har ansetts innebära en stor risk
- h. andra krav som utestänger företaget från att lämna anbud:

5. Avslutande fråga: Har ni någon annan kommentar om offentlig upphandling och dess tillämpning och hur det påverkar företagets affärsmöjligheter och konkurrensen på marknaden.

Tillfrågade företag

Branscher

- Livsmedelsindustri (XA10)
- Dryckesindustri (XA11)
- Tobaksindustri (XA12)
- Textilindustri (XA13)
- Beklädnads- och pälsindustri (XA14)
- Läder- och lädervaruindustri (XA15)
- Trävaruindustri (XA16)
- Massa-, pappers- och pappersvaruindustri (XA17)
- Grafisk produktion och reproduktion (XA18)
- Stenkols- och petroleumprodukter (XA19)
- Kemisk industri (XA20)
- Farmaceutisk industri (XA21)
- Gummi- och plastindustri (XA22)
- Sten-, ler- och glasindustri (XA23)
- Stål- och metallverk (XA24)
- Metallvaruindustri (XA25)
- Dator-, elektronik- och optikindustri (XA26)
- Elapparaturindustri (XA27)
- Maskinindustri (XA28)
- Motor- och släpfordonsindustri (XA29)

- Transportmedelsindustri, övrig (XA30)
- Möbeltillverkningsindustri (XA31)
- Övrig tillverkningsindustri (XA32)

Geografi: Län

- Skåne (GR12)
- Dalarna (GR20)

Storlek

- 5 - 9 anställda (QS20)
- 10 - 19 anställda (QS30)
- 20 - 49 anställda (QS40)
- 50 - 99 anställda
- 100 - 199 anställda
- 200 - 499 anställda

Antal: 1 982 st. (varav ca. 1200 med e-postadress till företaget).



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se