

# Effektivare offentlig upphandling

– problem och åtgärder ur ett rättsekonomiskt perspektiv

En rapport skriven av  
Eva Edwardsson och Daniel Moius  
på uppdrag av Konkurrensverket

Uppdragsforskningsrapport 2009:4  
Eva Edwardsson och Daniel Moius  
ISSN-nr 1652-8069  
Konkurrensverket 2009

## Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ligger bl.a. att främja forskning på konkurrensområdet.

Konkurrensverket har gett professor Eva Edwardsson vid Uppsala universitet i uppdrag att tillsammans med jur.kand. Daniel Moius göra en rättslig analys av kostnadsdrivande faktorer vid offentlig upphandling. Syftet är att undersöka problem och hinder för en effektiv upphandling till följd av sådana s.k. transaktionskostnader samt förslag på hur dessa kan åtgärdas. I rapporten diskuterar författarna bl.a. hur omfattande regelkrav och därpå följande höga transaktionskostnader kan hindra i synnerhet små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Författarna konstaterar här att ett i alltför hög grad lagreglerat och formaliserat förfarande för att säkerställa vissa skyddsintressen kan motverka sitt syfte att bidra till en väl fungerande upphandling.

Under projektets gång har en referensgrupp fungerat som kvalitetssäkrare. Den har bestått av tf chefsekonom Arvid Fredenberg och föredragande Charlotta Frenander, båda från Konkurrensverket.

Det är författarna själva som svarar för innehåll och slutsatser i rapporten.

Stockholm i maj 2009

Dan Sjöblom  
Generaldirektör

# Innehåll

<b>Sammanfattning</b> .....	<b>9</b>
<b>Summary</b> .....	<b>11</b>
<b>1 Inledning</b> .....	<b>13</b>
1.1 Bakgrund.....	13
1.2 Uppgift och syfte.....	13
1.3 Disposition.....	14
1.4 Avgränsning.....	14
1.5 Metod.....	15
1.6 Vad är rättsekonomi?.....	15
1.7 Grundläggande rättsekonomiska antaganden.....	15
1.8 Ekonomisk konsekvens - kostnader och nytta.....	16
1.9 Handlingsalternativ.....	16
1.10 Värdet av rättsekonomisk metod för upphandlingsområdet.....	17
1.11 Genomförande.....	17
1.12 Aktörer.....	18
1.13 Problem/hinder.....	18
1.14 Konsekvens.....	19
1.15 Incitamentstruktur.....	19
1.15.1 Åtgärder.....	20
1.16 Svårigheter.....	21
1.17 Källor.....	22
<b>2 Offentlig upphandling ur ett juridiskt perspektiv</b> .....	<b>23</b>
2.1 Innebörden av offentlig upphandling.....	23
2.2 Mål för upphandlingslagstiftningen.....	24
2.3 Konkurrensmål.....	24
2.3.1 Mål om god hushållning av offentliga medel.....	24
2.3.2 Samhällsnyttiga mål.....	25
2.3.3 Målkonflikt.....	25
2.4 De grundläggande rättsprinciperna.....	26
2.4.1 Icke-diskriminering.....	26
2.4.2 Likabehandling.....	26
2.4.3 Öppenhet.....	27
2.4.4 Förutsebarhet.....	27
2.4.5 Proportionalitet.....	27

2.4.6	Ömsesidigt erkännande.....	27
2.4.7	Effektiv prövning .....	28
2.5	Reglerna.....	28
2.5.1	EG-rättsliga upphandlingsregler .....	28
2.5.2	Svenska upphandlingsregler .....	29
<b>3</b>	<b>Offentlig upphandling ur ett ekonomiskt perspektiv .....</b>	<b>31</b>
3.1	Upphandlingsmarknaden.....	31
3.1.1	Värde och antal upphandlingar. ....	31
3.1.2	Antal myndigheter och leverantörer. ....	31
3.1.3	Vad är det som upphandlas? .....	32
3.1.4	Särskilda svenska förutsättningar vid upphandling.....	32
3.2	Särskilda förutsättningar för upphandlingsmarknaden.....	33
3.2.1	Regulativ aspekt.....	33
3.2.2	Agent-principal aspekt.....	33
3.2.3	Effektivitetsaspekt.....	34
3.2.4	Etisk aspekt .....	34
3.2.5	Politisk aspekt.....	34
3.2.6	Skillnad mot privata marknader .....	34
3.3	Konkurrens.....	35
3.3.1	Perfekt konkurrens.....	35
3.3.2	Betydelsen av en väl fungerande konkurrens på upphandlingsmarknaden.....	36
3.3.3	Hinder mot väl fungerande konkurrens.....	36
3.3.4	Transaktionskostnader och små och medelstora företag .....	38
3.3.5	Resultatet av höga transaktionskostnader vid upphandling.....	39
3.3.6	Upphandlingsreglernas skyddsintresse, -funktion och - nivå.....	40
<b>4</b>	<b>Effektiv offentlig upphandling .....</b>	<b>43</b>
4.1	Vad innebär en effektiv offentlig upphandling?.....	43
4.2	Hur ska effektivitet på upphandlingsmarknaden mätas?.....	43
4.3	Upphandlingsmarknadens effektivitet .....	44
4.3.1	Utbudssidan .....	44
4.3.2	Efterfrågesidan.....	44
<b>5</b>	<b>Problem på upphandlingsområdet .....</b>	<b>46</b>
5.1	Reglering.....	46
5.1.1	Komplexa och detaljerade regler.....	46
5.1.2	Rättsosäkerhet.....	48
5.2	Marknadsinformation.....	49
5.2.1	Vetskap om upphandling.....	49

5.2.2	Kostnad för marknadsinformation .....	50
5.2.3	Vetskap om konkurrenssituationen.....	51
5.3	Förfarande .....	51
5.3.1	Byråkratisk och formalistisk hantering .....	52
5.3.2	Upphandlingsförfaranden väljs som medför höga kostnader. ....	53
5.3.3	Kort tid för att svara på anbud .....	54
5.3.4	Anbud med lång avtalsmässig giltighet .....	55
5.4	Kontrakt.....	55
5.4.1	Omfattande förfrågningsunderlag.....	56
5.4.2	Bristfälliga förfrågningsunderlag.....	57
5.4.3	Formella uppgifter .....	58
5.4.4	Höga leverantörskrav .....	59
5.4.5	Krav på kvalitetsledningssystem .....	61
5.4.6	Samhällsnyttiga krav .....	61
5.4.7	Storlek och tidslängd på kontrakt.....	62
5.5	Övervakning .....	63
5.5.1	Upphandlingsreglerna följs inte.....	63
5.5.2	Utvärdering avviker från förfrågningsunderlag .....	65
5.5.3	Stort antal överprövningsärenden .....	66
5.5.4	Lång handläggningstid vid överprövning .....	67
5.5.5	Komplicerad tvistlösning .....	68
5.6	Kompetens, statistik och kunskap .....	68
5.6.1	Bristande kompetens och kvalitetsarbete .....	68
5.6.2	Bristande statistik .....	69
5.6.3	Lite forskning kring upphandling .....	70
<b>6</b>	<b>Förslag på åtgärder .....</b>	<b>71</b>
6.1	Åtgärder reglering.....	71
6.1.1	Förenkling av regler, övergripande .....	71
6.1.2	Förtydligande av regler .....	72
6.1.3	Information om regleringen.....	72
6.1.4	Utveckla rättspraxis .....	73
6.1.5	Koncentration av domstolar .....	74
6.1.6	Tolkningsmeddelanden.....	74
6.1.7	Ändamålsenlig metod vid rättstillämpning .....	74
6.2	Åtgärder marknadsinformation.....	75
6.2.1	Nationell heltäckande annonsdatabas.....	75
6.2.2	Annonsering med standardiserat informationsformat.....	75
6.2.3	Leverantörsträffar.....	76
6.2.4	Mer utförlig annonsinformation samt elektronisk tillgång till kontraktsunderlag .....	76

6.2.5	Efterannonsering för upphandling utanför direktivområdet.....	76
6.2.6	Tilldelningsbeslut i standardiserat informationsformat.....	77
6.3	Åtgärder förfarandet.....	77
6.3.1	Förändra förfarandereglerna .....	77
6.3.2	Höjd gräns för tröskelvärden.....	78
6.3.3	Ökade möjligheter att tillämpa direktupphandling .....	78
6.3.4	Ökad användning av ramavtal.....	79
6.3.5	Ökad dialog.....	79
6.3.6	Ökad användning av förhandling .....	80
6.3.7	Komplettering och förtydligande av anbud.....	80
6.3.8	Obligatoriskt att begära komplettering när anbud inte uppfyller kraven på formella uppgifter .....	80
6.3.9	Att förfrågningsunderlag innehåller checklistor för efterfrågade dokumentation .....	81
6.3.10	Välja effektiva upphandlingsförfaranden.....	81
6.3.11	Lämna tillräckligt lång framförhållning åt leverantör att anbud hinner utarbetas .....	81
6.3.12	Användning av förannonsering.....	82
6.3.13	Elektronisk upphandling.....	82
6.3.14	Tillåta att anbud kan lämnas elektroniskt.....	82
6.4	Åtgärder kontrakt.....	83
6.4.1	Standardiserat kontraktsunderlag .....	83
6.4.2	Sanningsförsäkran.....	85
6.4.3	Officiell förteckning .....	85
6.4.4	Elektronisk inhämtning av formella uppgifter .....	85
6.4.5	Myndigheter inhämtar själv uppgifter.....	86
6.4.6	Ej ställa krav på flera kopior av anbud och dokumentation.....	86
6.4.7	Genomförandevillkor .....	86
6.4.8	Utforma betalningsmodeller som minskar kreditrisk.....	86
6.4.9	Dela upp kontakten i mindre delar.....	86
6.4.10	Åberopande av annans leverantör kapacitet.....	87
6.4.11	Standardiserade samarbetskontrakt och matchningsdatabaser .....	87
6.4.12	Nationell policy .....	88
6.4.13	Balanserad användning av samhällsrelaterade krav .....	88
6.5	Åtgärder övervakning .....	88
6.5.1	Förändring överprövningsregler .....	88
6.5.2	Begränsa möjligheterna till överprövning .....	90
6.5.3	Förbättrade sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten .....	90
6.5.4	Förbättring av intern tillsyn.....	90

6.5.5	Öka insyn och offentlighet vidupphandlingar.....	91
6.5.6	Marknadsundersökning.....	91
6.5.7	Utvärderingssystem.....	91
6.5.8	Preklusionsfrist.....	92
6.5.9	Avgifter.....	92
6.5.10	Förlorande part får ersätta motpartens rättegångskostnad.....	93
6.5.11	Tvistlösningsorgan.....	93
6.6	Åtgärder kompetens, statistik och forskning.....	94
6.6.1	Kompetensutveckling.....	94
6.6.2	Ökad samordning av upphandling.....	94
6.6.3	Användning av upphandlingskonsulter.....	95
6.6.4	Riktad information till potentiella leverantörer.....	95
6.6.5	Metodutveckling och kvalitetssäkring.....	95
6.6.6	Förbättra statistik.....	95
6.6.7	Öka forskning.....	96
<b>7</b>	<b>Källor och litteratur.....</b>	<b>97</b>
7.1	Offentligt tryck.....	97
7.2	Europiska kommissionen.....	97
7.3	Litteratur.....	97
7.4	Rapporter och utredningar.....	98
7.5	Intervjupersoner.....	99
<b>Bilaga 1</b>	<b>.....</b>	<b>100</b>



## Sammanfattning

En väl fungerande offentlig upphandling är av stor betydelse för samhället. Det bidrar till att optimera medborgarnytta, tillväxt och en god hushållning av offentliga medel. Det övergripande målet för upphandlingslagstiftningen är att åstadkomma en väl fungerande upphandlingsmarknad, vilket förenar delmålen att skapa en effektiv konkurrens å ena sidan och och säkerställa "value for money" å andra sidan.

Ett särskiljande kännetecken för den offentliga upphandlingen som affärstransaktion är att den omgärdas av ett relativt omfattande regelverk. Av den anledningen, samt det faktum att offentlig upphandling är en marknadslag-stiftning, används en rättsekonomisk analysmetod i detta arbete för att undersöka problem och hinder samt förslag hur dessa kan åtgärdas. Utgångspunkten för rättsekonomi är antagandet att människor fattar rationella beslut baserat på nytta. Tillämpat på offentlig upphandling innebär det att marknadsaktörer antas styras av ekonomiska överväganden och att utformningen av institutionella faktorer har en stor betydelse för marknadens funktion. Ju högre transaktionskostnader (d.v.s. tids- och resursåtgång, olägenheter, trassel m.m. för att genomföra försäljningen/köpet) desto sämre kan marknaden förväntas fungera. En väl fungerande upphandlingsmarknad karaktäriseras av att både leverantörer och de offentliga köparna har såväl ekonomiska incitament som praktiska möjligheter att genomföra ett öppet konkurrensförfarande.

Som metod för att mäta den offentliga upphandlingens effektivitet föreslås därför användning av indikatorer för det "öppna konkurrenstrycket", d.v.s. att mäta dels hur stor del av upphandlingen som sker öppet med annonsering, dels hur många anbud som lämnas. Med reservation för att statistiken på området är osäkert visar denna studie att potentialen till effektivisering av upphandlingsmarknaden är betydande.

Med utgångspunkt från de problem och hinder som identifierats synes målsättningen att små och medelstora företag ska kunna och vilja delta i offentlig upphandling samt att innovationer och kvalitet ska främjas vara svår att uppnå. Snarare kan rådande förutsättningar ge konkurrensfördelar åt etablerade leverantörer och större företag med resurser att genomföra upphandling.

Det finns ett samband mellan omfattande regelkrav och höga transaktionskostnader. Vid någon regleringsnivå blir det kontraproduktivt att säkerställa skyddsintressena genom ett lagreglerat och formaliserat förfarande eftersom konsekvensen blir en upphandlingsmarknad som kännetecknas av anskaffning sker genom ramavtal och direktupphandling som innebär en låg grad av öppen konkurrensutsättning men med lägre transaktionskostnader. Paradoxalt kan därför regler som syftar till en väl fungerande upphandling utgöra ett hinder för att uppnå sin egen målsättning.

Ett förändringsarbetet bör inriktas på att förändra incitamentstrukturen vid offentlig upphandling genom att utveckla lagstiftning, stödstrukturer och rättstillämpning så att leverantörer och upphandlande myndigheter får lägre transaktionskostnader. Vid genomförande av regelförändring bör utgångsläget vara att ombalansera till regelfunktioner som upprätthåller skyddsnivå till lägre transaktionskostnader. Exempelvis kan det finnas en vinst i att öka förutsättningar för insyn och öppenhet å ena sidan och minska detaljreglering å andra sidan. Vidare bör det genomföras en utvärdering av överprövningens reparativa och preventiva effekt samt ifall den skyddsnivå som skapas med nuvarande ordning är alltför hög, eftersom det framstår som att konsekvenserna av överprövningsreglerna snarare är att upphandlande myndigheter har utvecklat ett beteendemönster som innebär att inköp sker på sätt som minskar risken för överprövning. M.a.o. sker anskaffning genom upphandlingsformer som exempelvis ramavtal eller direktupphandling som innebär en lägre exponering mot att domstolsprocesser ska uppstå men samtidigt medför sämre förutsättningar till en öppen och rättvisande konkurrens.

Målbilden för offentlig upphandling bör vara en marknadsfunktion som kännetecknas av en hög grad öppenhet, avsaknad av inträdeshinder och låga transaktionskostnader inom den rättsliga ram som ges av gemenskapsrätten.

## Summary

A well functioning market for public procurement is of great importance to society, contributing to increased utility for citizens, economic growth and efficient management of public finances. The overall objective of the public procurement regime is to achieve a well functioning market. This objective reconciles the objects, giving rise to efficient competition on the one hand, and, achieving value for money, on the other.

A distinguishing feature of public procurement, seen as a commercial transaction, is that it is enclosed by a comprehensive regulatory regime. With regards to this specific feature, and the fact that public procurement regime is an economic legislation, a law and economics-method of analysis will be applied in order to investigate problems and obstacles, and from that, suggest solutions to these issues. A basic assumption in a law and economic analysis is that people make rational decisions based on utility. The consequence of applying this assumption to public procurement is that parties are governed by economic choices and that the design of institutions have a significant impact on the function of public procurement market. High transaction costs will lead to a lesser functioning of the market. A well functioning market for public procurement features parties who can participate in procurement processes having both economic incentive and practical prospects to do so.

In order to measure the efficiency of public procurement it is proposed to use indicators for an "open competitive pressure"; that means to measure a) the level of procurement which is carried out in an open and transparent process using publication of contract notices and b) how many tenders actually have been submitted. Eventhough the statistical data is difficult to assess, this survey shows that there is considerable potential to make public procurment markets more efficient.

Considering problems and obstacles encountered in this survey, it seems that the object to better the possibility and willingness of SME's to participate in public procurement markets, will be difficult to achieve. It is more likely that status quo give established parties and large companies competitive advantages.

There is a relation between comprehensive legislative regimes and high transaction costs. At a certain levels of legislation there is an incident of decreasing marginal utility making it counterproductive to ensure certain interest through a legislation since the consequence is a procurementmarket that is defined by framework agreements and informal procedures that involve a low level of open competition but with low transaction costs. Therefore, regulations to ensure a well functioning procurement, paradoxically, may be an obstacle in it self.

A change in public procurement regimes should be focused on altering the incentive structure concerning public procurement through legislation, supporting functions and applying the law so that suppliers and contracting authorities obtain lower transaction costs. When realizing changes in the legislation the starting point should be to rebalance to regulation that maintain the level of protection but to a lower transaction cost. For example, there might be a gain in increasing the possibilities for insight and openness on the one hand and decreasing the detailed regulation on the other.

Further, an evaluation regarding the reparative and preventive effect of remedies for public procurement below the thresholds should take place since it seems that the consequence of the remedies regulation rather has made contracting authorities developing a behavioural pattern that result purchasing in a way that reduce the risk of a remedy. In other words, acquisition of public services and supplies are made with procedures for the award of contract as framework agreements and informal procedures with a lower exposure against a court process taking place but also with worse conditions for an open och fair competition.

The goal for public procurement should be a market function that distinguishes of a high level of openness, without barriers for market entry and with low transaction costs within the legal frame that is stipulated by EU law.

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Mot bakgrund av att offentlig upphandling utgör en viktig del av samhälls-ekonomin, samt att användning av marknadsorienterade lösningar för att utföra offentliga uppgifter ökar i omfattning, är kunskap som möjliggör att upphandling kan fungera bättre av stor betydelse. Alla regler som styr, påverkar eller kringgärdar marknader måste vara utformade och anpassade för de mål och syften de är satta att uppfylla. Ingen annan affärstransaktion är i samma omfattning omgärdad av detaljregler för hur köpare och säljare ska mötas, genomföra och lösa tvister som den offentliga upphandlingen. Utifrån målet att skapa en konkurrensutsatt upphandling finns det regler för hur, när, efter vilka kriterier och på vilket sätt en myndighet får anskaffa varor, tjänster och byggnadsentreprenader. Den omfattande regleringen inom upphandlingsområdet medför i motsvarande grad att utformningen av rättsliga institutioner som lagregler, tvistlösning och tillsyn får stor betydelse för hur upphandlingen fungerar. En mindre lämplig utformning av dessa leder till höga transaktionskostnader för marknadsaktörerna, vilket bl.a. kan medföra följande negativa konsekvenser:

- högre pris på varor och tjänster när höga transaktionskostnader för affärstransaktionen ska kompenseras,
- sämre konkurrenstryck när potentiella anbudsgivare avstår från att delta i tävling om offentliga kontrakt (vilket innebär att färre anbud lämnas och därmed risk för sämre villkor för den upphandlande myndigheten), och
- mindre andel av öppna konkurrensutsättningar av offentliga kontrakt om höga transaktionskostnader leder till att upphandlande myndigheter väljer att tillgodose sitt behov genom utförande i egen regi eller att anskaffning sker på en sluten upphandlingsmarknad som medför lägre transaktionskostnader för anskaffning (exempelvis genom tillåten och otillåten direktupphandling och användning av ramavtal).

## 1.2 Uppgift och syfte

Uppgiften för denna studie är att undersöka de omständigheter som skapar problematiska ekonomiska konsekvenser för upphandlande myndigheter och leverantörer vid offentlig upphandling samt att föreslå åtgärder för dessa. Detta sker genom att sammanställa befintliga studier och genomföra intervjuer med personer som besitter en stor erfarenhet av offentlig upphandling och därvid a) ge en strukturerad översikt över kostnadsdrivande faktorer (transaktionskostnader) i upphandlingsprocessen, b) kvalificera vilken karaktär och rättslig grund dessa har samt c) redovisa förslag på åtgärder för att reducera eller eliminera dessa faktorer

utan att de upphandlingsrättsliga skyddsintressena åsidosätts. Undersökningsobjektet är den specifika rättsstrukturen kring offentlig upphandling. Med detta avses de rättsregler, stödstrukturer och förhållningssätt som skapar incitament, d.v.s. ger upphov till beteenden, hos upphandlingsmarknadens aktörer. Syftet med studien är att ge ett underlag för att kunna utveckla en mer effektiv offentlig upphandling. Vid tidigare utredningar har besparingspotentialen vid en radikal förändring av upphandlingskulturen uppskattats till 15 % av värdet för den offentliga upphandlingen.<sup>1</sup> Även om en effektivisering inte uppnår en sådan omfattning, kan ändå en mindre förbättring medföra stora rationaliseringsvinster som kan användas för att förbättra kvalitén eller sänka kostnader för den offentliga verksamheten.

### 1.3 Disposition

Framställningen är upplagd på följande vis. Ett inledande avsnitt beskriver uppgift, syfte och genomförande av undersökningen samt en beskrivning av den metodgrund som används (kap. 1). Därefter beskrivs upphandlingsområdet utifrån sitt rättsliga sammanhang med fokus på upphandlingslagstiftningens mål och de principer som förverkligar dessa (kap. 2). Sedan sker en beskrivning av de ekonomiska aspekterna av upphandling samt förutsättningar för en väl fungerande marknad (kap. 3). Därpå sker en diskussion om vad som utgör en "effektiv upphandling" och hur detta kan mätas (kap. 4). Detta följs av en inventering av hinder och problematiska konsekvenser vid offentlig upphandling samt en kortfattad kvalificering av vad som orsakar dessa kategoriserade till områdena reglering, marknadsinformation, förfarande, kontrakt, övervakning samt kompetens, statistik och forskning (kap. 5). Därefter lämnas förslag på åtgärder för att minska eller reducera problem (kap. 6). Avslutningsvis lämnas sammanfattande slutsatser (kap. 7). En definition av transaktionskostnader vid offentlig upphandling finns med i bilaga till studien (bilaga 1). Det finns ett antal rapporter och utredningar som uppmärksammar problem och föreslår åtgärder i samband med offentlig upphandling. Denna undersökning sammanställer dessa och studerar dem ur ett rättsekonomiskt perspektiv.

### 1.4 Avgränsning

Undersökningen omfattar de omständigheter som är specifika för upphandlingsförfarandet och generell problematik rörande marknadsfunktion och kontrakt behandlas därför inte. Konsekvenser av problem och åtgärder beskrivs utan någon ekonomisk kvantifiering. Utredningen är inriktad på offentlig upphandling, d.v.s. upphandling inom den klassiska sektorn. Upphandling inom försörjningssektorerna har i många fall en likartad rättslig struktur, varför många av de problem och åtgärder som redovisas även är giltiga för detta område. Den materiella lagstiftningen som utgör utgångspunkten för rättslig kvalificering är lag om offentlig

---

<sup>1</sup> SOU 1999:139 s. 191 och SOU 2001:31 s. 380.

upphandling (2007:1091) om inte annat anges. Denna framställning har inget syfte att vara källkritisk utan de skriftliga undersökningar och rapporter på området återges.

## 1.5 Metod

### 1.6 Vad är rättsekonomi?

Studien har genomförts med rättsekonomisk metod. Detta innebär att nationalekonomiska teorier och modeller används för att undersöka rättsliga frågeställningar, d.v.s. juridiken analyseras med ekonomiska verktyg.<sup>2</sup> Grunden i rättsekonomi utgår från att rättsliga institutioner (rättsregler, tvistelösningsmekanismer, rättsvårdande myndigheter och rättsliga stödstrukturer m.m.) skapar incitament i form av nytta och kostnad som är handlingsdirigerande för beslutsfattare (individer, företag och organisationer).<sup>3</sup> Huvudfåran inom modern nationalekonomisk teori är idag den neoklassiska inriktningen (se nedan 1.5.2), vilket därmed även utgör det grundläggande teoretiska ramverket för rättsekonomi.<sup>4</sup> Rättsekonomi kan ha positiv eller normativ ansats. Positiv rättsekonomi innebär att bedöma ekonomiska konsekvenser av befintliga rättsliga företeelser. Normativ rättsekonomi används för att lämna förslag på hur rättsliga institutioner ska utformas utifrån ett effektivitetsperspektiv.

### 1.7 Grundläggande rättsekonomiska antaganden

Den givna utgångspunkten är att välbefinnande i samhället skapas genom produktion av varor och tjänster som omsätts på väl fungerande marknader. Det är betydelsefullt att de resurser som finns i samhället används så effektivt som möjligt, eftersom detta maximerar välbefinnandet (ytterligare om marknadsbegreppet se 3.3 nedan). Rättsekonomi utgår från vissa grundläggande antaganden inom nationalekonomi. Individer fattar rationella beslut som maximerar deras nytta eller välbefinnande, som i sig beror på vilken unik uppsättning med preferenser individen har. Ett alternativ som medför att marginalnyttan överstiger marginalkostnader för en nytta kommer att väljas av individen. Detta antagande kan modifieras av insikten att få individer har en sådan fullständig information och bedömnings-

---

<sup>2</sup> Nationalekonomi i sig har som huvudsaklig uppgift, utifrån antagandet att resurserna i samhället är begränsade och att alla behov inte kan tillgodoses, att undersöka hur val ska ske för att uppnå bästa möjliga resultat. Nationalekonomi kan därför snarare definieras i termer av den metod som används för att angripa samhällsvetenskapliga problem än de specifika frågeställningar som studeras.

<sup>3</sup> Det finns ingen vedertagen definition på begreppet institutioner men vanligtvis avses juridiska, politiska, ekonomiska och sociala system som strukturerar mänskligt handlande till bestående eller återkommande beteendemönster.

<sup>4</sup> Denna inriktning kallas även Chicago-skolan. Det finns flera skolor inom rättsekonomi som ansluter sig till olika nationalekonomiska teoribildningar, exempelvis public choice, new institutional economics, social norms etc.

förmåga för att kunna antas handla fullt rationellt (s.k. bounded rationality).<sup>5</sup> Rättsregler och institutioner ger upphov till nytta och kostnader för individer som fungerar handlingsdirigerande för dessa, vilket annorlunda uttryckt är att rättssystemet kan ses som en prissättningsmekanism.<sup>6</sup> Med kunskap om den incitamentstruktur av nytta och kostnad som uppstår går det att förutse beteenden i samhället och därmed konsekvenser av en given rättslig reglering.

## 1.8 Ekonomisk konsekvens - kostnader och nytta

En central uppgift inom rättsekonomi är att bedöma resultatet i form av för- och nackdelar av en rättslig struktur i monetära termer, m.a.o. sätts en "prislapp" för den aktuella situationen eller alternativet.<sup>7</sup> Vissa omständigheter kan direkt översättas till ett ekonomiskt utfall medan andra är betydligt svårare.<sup>8</sup> Exempelvis är det enklare att fastställa att en årsprenumeration på en annonsdatabas kostar 2 500 kr än att uppskatta kostnaden när leverantörer avstår från att lämna anbud p.g.a. bristande förtroende som orsakas av bristande regelefterlevnad hos de upphandlande myndigheterna. Exempel på kostnader är resursåtgång av arbetsinsatser, tid och pengar, behov av kompetens, investering och andra utgifter som uppstår kort eller lång sikt.

## 1.9 Handlingsalternativ

Vid överväganden att förändra rättsliga institutioner är utgångspunkten att det alternativ ska väljas som medför störst effektivitet. Olika mått kan användas för att mäta effektivitet:

- a) stark effektivitet: nyttan för varje aktör som ingår i analysen blir större eller likvärdig (Pareto-effektivitet)<sup>9</sup>,
- b) svag effektivitet: nyttan överstiger kostnaden totalt sett för de aktörer som ingår i analysen eller, annorlunda uttryckt, nyttan blir fortfarande större även om vinnarna kompenserar förlorarna deras kostnad som uppstår (kompensationsprincipen eller Kaldor-Hicks-effektivitet)<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Mercuro och Medema. Economics and the law, s. 245.

<sup>6</sup> Mercuro och Medema. Economics and the law, s. 44.

<sup>7</sup> Denna operation benämns kostnad-nytta-analys (på engelska cost-benefit-analysis, CBA).

<sup>8</sup> Tillförlitlighet av en analys beror på hur korrekt de ekonomiska konsekvenserna har värderats.

<sup>9</sup> Exempel på starkt effektivitet är när en förändring av en rättsregel medför att leverantörer får oförändrade kostnader (0) medan beställare får minskade kostnader med 1 000 kr (+ 1 000).

<sup>10</sup> Exempel på svag effektivitet är när en förändring av en rättsregel medför att leverantörer sänker sin kostnad med att lämna anbud med 1 500 kr (+ 1 500) samtidigt som beställaren får ökade kostnader med 500 kr (- 500). Även om leverantören skulle ersätta beställaren med 500 kr så är vinsten efter förändringen 1 000 kr.



Vanligtvis medför en ändring av en rättsregel att det uppstår både vinnare och förlorare, vilket innebär att om det ställs krav på att Pareto-effektivitet ska uppnås skulle ändringar sällan kunna genomföras. Därför används i huvudsak kompensationsprincipen som effektivitetsmått inom rättsekonomi.<sup>11</sup>

### 1.10 Värdet av rättsekonomisk metod för upphandlingsområdet

Rättsekonomi tillhandahåller ett systematiskt sätt att resonera kring hur gällande rätt bör utvecklas. Metoden ger en tydlig och klar koppling mellan mål och medel. Eftersom teorigrunden vilar på ekonomisk vetenskap uppstår en ökad säkerhet i analys och slutsats. En svårighet att tillämpa rättsekonomisk analys på upphandlingsområdet beror på frånvaro av statistik och empiri samt de komplexa orsaksambanden och beroendeförhållandena mellan de relevanta faktorerna. Detta problem gäller dock för all form av argumentation för området. Förespråkare för rättsekonomi menar att marknaden i sig generellt är en bättre regulator än vad rättsreglerna är. Därför är det bättre med "more incentive-based market approach, rather than command and control-type of regulation".<sup>12</sup>

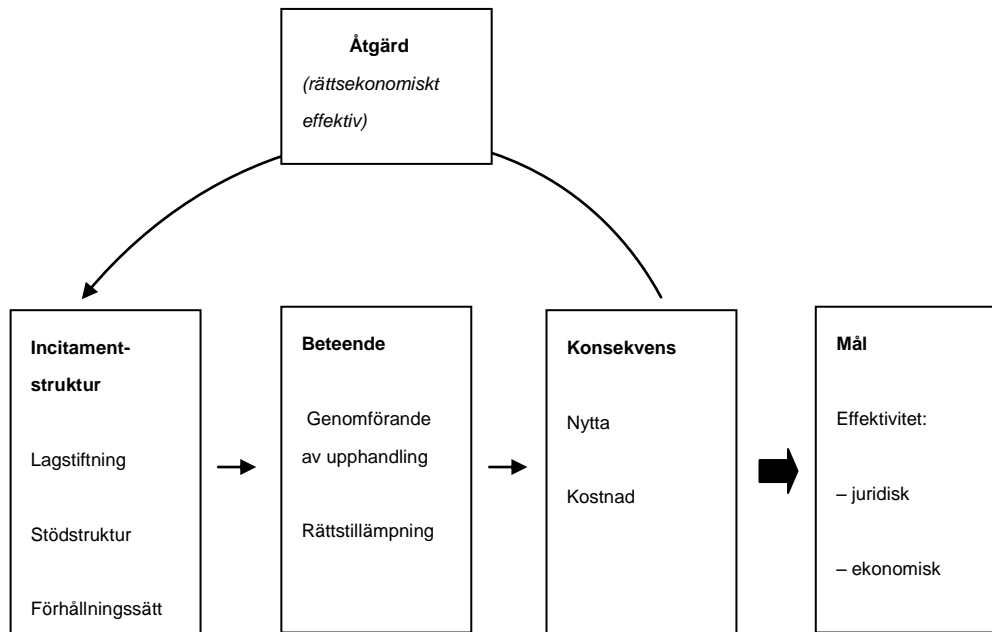
### 1.11 Genomförande

Uppgiften har genomförts problemorienterat. Utifrån de svårigheter och hinder som konstaterats, har det skett en kvalificering av problemen och därefter föreslås åtgärder. Nedanstående modell ger en översiktlig beskrivning av hur studien genomförts.

---

<sup>11</sup> Mercurio och Medema, *Economics and the law*, s. 105.

<sup>12</sup> Mercurio och Medema, *Economics and the law*.



Ovanstående skiss kan ses som ett "arbetschema" vid förändringsarbete av rättsliga institutioner vid offentlig upphandling utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv. De konsekvenser som uppstår är utgångspunkten för att föreslå åtgärder till förändring av lagstiftning, stödstrukturer och förhållningssätt som modifierar incitamenten för aktörerna och därmed dessas beteende. Inriktningen på förändringsarbetet är att konsekvenserna av de rättsliga institutionerna ska överensstämma med och bidra till att uppfylla de mål som är motiveringen till lagstiftningen på området.

## 1.12 Aktörer

Objekten för studien är i första hand marknadsaktörerna vid upphandling, d.v.s. leverantörer och upphandlande myndigheter (benämns myndigheter i den fortsatta texten). Ibland finns skäl att skilja mellan myndighetens huvudman (principal) och den upphandlande tjänstemannen (agenten) eftersom det i vissa situationer finns motsatsförhållanden mellan dessa. Många åtgärdsförslag är förändring av institutioner, vilket berör lagstiftare och i vissa fall intresseorganisationer för leverantörer och beställare. Åtgärder som rör tillämpning träffar en bred krets av aktörer vid upphandling som, utöver ovan nämnda, rättskipning, tillsynsmyndighet, advokater och upphandlingskonsulter

## 1.13 Problem/hinder

Studien har inletts med en inventering av problem vid offentlig upphandling som uppmärksammats av skriftliga och muntliga källor avseende den upphandlingsrättsliga kontraktsmekanismen. Probleminventeringen har skett utifrån sex områden som behandlar skilda aspekter av upphandlingsförfarandet; reglering, marknadsinformation, förfarandet, kontrakt, övervakning samt statistik, kompetens och forskning. Omfattningen av de problem som redovisas är varierande men gemensamt är att de uppfattas som ett hinder vid genomförande av upphandling.

## 1.14 Konsekvens

För de identifierade problemen undersöks därefter vilka konsekvenser i form av kostnader som uppstår för myndigheter och leverantörer att genomföra en upphandling, s.k. transaktionskostnader. Transaktionskostnader är detsamma som utgifter, tidsåtgång, besvär, trassel och annan "friktion" för att genomföra en affär.<sup>13</sup> Kostnader för övriga aktörer har i huvudsak inte beaktats. Det ges även en kommentar på hur problemet inverkar på marknaden på ett övergripande plan. En översikt av transaktionskostnader vid offentlig upphandling redovisas i bilaga 1.

## 1.15 Incitamentstruktur

I denna studie har det antagits att incitamentstrukturen i huvudsak består av tre kategorier; lagstiftning, stödstrukturer och förhållningssätt. För de identifierade problemen sker en kvalificering utifrån vilka incitament som orsakar beteendet. Detta är nödvändigt för att kunna föreslå åtgärder som minskar eller eliminerar problemet. Incitamentstrukturen vid offentlig upphandling är dock komplex. Vad som är incitament, d.v.s. det som skapar beteenden som i sin tur ger upphov till nytta och kostnad, skiljer sig mellan leverantör och myndigheter. Institutionella faktorer, som upphandlingsreglerna i sig, skapar ett beteende på efterfrågesidan som i sin tur ger upphov till ett beteende på utbudssidan. Därför är iakttagelsen korrekt att ändringar av upphandlingsreglerna sällan skapar direkta incitament för leverantörer, däremot kan utformningen av upphandlingsreglerna antas ha en viktig indirekt betydelse.

### Lagstiftning

Med lagstiftning avses rättsnormer generellt på upphandlingsområdet, d.v.s. både EG-rättsliga och nationella rättsregler. Offentlig upphandling är en i lagstiftning reglerad transaktion och därmed är detta ett viktigt incitament för marknadsaktörer, direkt och indirekt.

### Stödstrukturer

Med stödstrukturer avses tekniska och organisatoriska system med funktion att stödja upphandling i olika avseenden. Tekniska stödstrukturer kan vara IT-system för annonsering, ärendehantering, kunskapsöverföring, inhämtning av uppgifter från offentliga databaser och register m.m. Organisatoriska stödstrukturer kan vara

---

<sup>13</sup> Ibland talas om administrativa kostnader varmed avses de kostnader företagen har för att upprätta, lagra eller överföra information eller uppgifter som orsakas av krav i lagar, förordningar, föreskrifter eller anvisningar i allmänna råd, se NUTEK 2008:4. Upphandlingslagstiftningen har inga obligatoriska bestämmelser som ålägger leverantör administrativa kostnader.

samarbeten för att ta fram standardiserade förfrågningsunderlag, kompetensutveckling, konferenser etc.

### Förhållningssätt

Med förhållningssätt avses en inställning, attityd eller synsätt till en företeelse. Är förhållningssättet gemensamt för tillräckligt många individer i ett sammanhang kan en kultur sägas existera. Förhållningssättet kan ge en förklaringsgrund till hur upphandling genomförs av de upphandlande myndigheterna och hur upphandlingsfrågor bedöms vid rättstillämpning vid sidan av institutionella faktorer.<sup>14</sup> Förhållningssätt förändras över tid bl.a. när ny information eller kunskap leder bedömningen att ett annat förhållningssätt är mer rationellt eller värdefullt. En iakttagelse baserad på uppgifter från intervjupersoner, och den diskussion som sker på upphandlingsområdet, är att två motstående förhållningssätt kan urskiljas som framhåller olika perspektiv på upphandling. Det ena är mer formell och regelorienterad och karaktäriseras av att betona en detaljerad lagstiftning och överprövning genom domstolsprocess. Det andra förhållningssättet är marknadsorienterat där effektiv konkurrens står i fokus och upphandlingen betraktas mer som en affärstransaktion mellan två parter. Det finns tydliga indikationer i både skriftliga källor och bland intervjupersonerna att upphandling de senaste åren har haft en övervikt mot den formella aspekten.

<b>Synsätt:</b>	<i>Regelformalism</i>	<i>Marknadsfunktion</i>
<b>Relation:</b>	<i>Myndighet - enskild</i>	<i>Beställare – leverantör</i>
<b>Normgrund:</b>	<i>Regel</i>	<i>Avtal</i>
<b>Förfarande:</b>	<i>Förvaltningsprocess</i>	<i>Affärstransaktion</i>
<b>Skyddsintresse:</b>	<i>Enskildes rättssäkerhet</i>	<i>Effektiv konkurrens</i>

#### 1.15.1 Åtgärder

Studien lämnar förslag på åtgärder som syftar till att eliminera eller reducera de identifierade transaktionskostnaderna för leverantörer och myndigheter. Åtgärderna kategoriseras i lagstiftning, stödstrukturer och tillämpning. Åtgärdsförslag på regelförändring riktar sig mot upphandling utanför direktivets tillämpningsområde (d.v.s. upphandlingar undertröskelvärdena och B-tjänster). En generell iakttagelse är att upphandlingar över tröskelvärdena inte framstår som lika problematiska som upphandlingar för lägre värden. Detta kan bero på att transaktioner över tröskelvärdena sker mer sällan, att transaktionskostnaderna för att genomföra upphandlingen blir relativt sett mindre ju större kontraktsvärdet är och slutligen att det kan finnas en acceptans för att kontrakt av större värden ska omfattas av ett mer strikt reglerat förfarande. Övergripande kan lagstiftningen sägas skapa en skyddsnivå för en väl fungerande upphandling genom att förhindra oönskade beteenden. Ofta innebär rättsliga förändringar att vissa transaktions-

<sup>14</sup> Se exempelvis SOU 1999:139 s.193, SOU 2001:31 s. 63, Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 19, NUTEK R2005:21 s. 91, NUTEK R2006:21 s. 15 och Kommissionen, European code of Best practices s. 12.

kostnader minskar eller elimineras samtidigt som andra transaktionskostnader tillkommer eller ökar. Vid övervägande om att genomföra en åtgärd måste därför nytta ställas mot kostnad av en förändring.<sup>15</sup> Det optimala är en upphandlingslagstiftning som totalt sett består av regelfunktioner som skapar en hög skyddsnivå samtidigt som dessa medför låga transaktionskostnader. Att efterfrågesida på upphandlingsmarknaden utgörs av en samlad motpart i form av i huvudsak den offentliga sektorn gör att stödstrukturer kan utvecklas som inte varit genomförbara på marknader bestående av fristående aktörer.<sup>16</sup> Åtgärder som rör hur upphandling bör genomföras, och som inte avser förändring av lagstiftning eller utveckling av stödstruktur, benämns tillämpning. De åtgärder som föreslås är ibland kompletterande och ibland alternativa till varandra. Ett antal förslag på åtgärder reducerar eller eliminerar kostnader orsakade av flera problem och därför redovisas åtgärdsförslag i ett eget avsnitt i stället för i samband med problemet.

## 1.16 Svårigheter

Det finns flera metodmässiga svårigheter på området offentlig upphandling. De skriftliga källorna uppvisar stora skillnader vad gäller syfte och frågeställning, metod för genomförandet, empirisk grund och tidsmässig tillkomst. Någon enhetlig begreppsanvändning eller klassificering saknas till stor del på området. I många fall används begrepp som inte ges någon definition. Vanligtvis framgår inte om problemet rör upphandlingar över eller under tröskelvärdena. Generellt föreligger därmed bristande precision och tillförlitlighet för det skriftliga källmaterialet. Undersökningar och forskning på området har luckor och särskilt saknas närmare undersökningar hur upphandling fungerar utifrån beställarens perspektiv. Däremot finns ett flertal utredningar som rör leverantörssidan, särskilt små och medelstora företag. Orsakssamband och beroendeförhållanden är komplexa vilket medför att effekter av problem och förslag på åtgärder är svåra att bedöma. Ovanstående medför att det saknas en gemensam problembild och källor ger olika relevans och betydelse åt faktorer som därtill inte sällan är motstridande. Många av de angivna problem och förslag på åtgärder samt slutsatser som lämnas i denna rapport bör därför, mot bakgrund av de metodmässiga svårigheterna på området, ses som indikativa.

---

<sup>15</sup> SOU 2005:4 s. 19.

<sup>16</sup> Exempel på detta är att skapa en enhetlig annonsering, en gemensam elektronisk marknadsplats, metodutveckling eller enhetliga förfrågningsunderlag.

### 1.17 Källor

De skriftliga källor som beaktas är offentligt tryck samt rapporter och utredningar från svenska myndigheter samt EU:s institutioner under de senaste 10 åren. Därtill har svensk doktrin beaktats. De skriftliga källorna har främst använts för att kartlägga problem och inventera förslag på åtgärder. Djupintervjuer har skett med företrädare för olika intressen inom offentlig upphandling såsom akademiker, upphandlare, representanter för företagsorganisationer och tjänstemän på myndigheter med ansvar på upphandlingsområdet. Det huvudsakliga syftet med intervjuer har varit att diskutera åtgärder som för att effektivisera offentlig upphandling. I genomsnitt har intervjuerna varit ca 2-2,5 timmar.

## 2 Offentlig upphandling ur ett juridiskt perspektiv

Övergripande ska upphandlingsreglerna ses som en del av förverkligandet av den gemensamma marknaden och integrationen mellan de europeiska länderna.<sup>17</sup> Fri rörlighet av varor och tjänster samt etableringsfrihet uppnås genom undanröjande av försvårande regler och hinder för den gränsöverskridande handeln.<sup>18</sup> Den offentliga upphandlingen bidrar till detta när företag inom den gemensamma marknaden kan konkurrera på lika villkor om de offentliga kontrakten. Offentlig upphandling är systematiskt sett en del av det som kan benämnas offentlig marknadsrätt, d.v.s. olika lagstiftningar som syftar till att reglera gränssnittet mellan det offentliga och marknaden. Förutom upphandlingsreglerna hör bl.a. statsstödsreglerna och kommunallagens bestämmelser om offentligt bedriven näringsverksamhet till detta område.

Funktionellt syftar upphandlingsreglerna till att påbjuda ett konkurrensskapande beteende genom att ange handlingsregler för offentliga organ som anskaffar varor, tjänster och byggentreprenader. Detta kan jämföras med annan marknadslagstiftning som vanligen förbjuder beteenden som medför marknadsmisslyckanden.

Den rättsliga strukturen för upphandlingsområdet kan beskrivas som att de mål som finns med regleringen konkretiseras i ett antal upphandlingsprinciper som i sin tur materialiseras i en relativt detaljerad lagstiftning.

### 2.1 Innebörden av offentlig upphandling

Reglerna om upphandling riktas mot två områden, dels myndigheter samt offentligrättsliga organ och bolag (upphandlande myndigheter), dels verksamheter som bedrivs inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (upphandlande enheter). Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende köp eller hyra av varor, tjänster eller byggentreprenader. Upphandlingsreglerna innehåller inga bestämmelser om vad som ska upphandlas. Beställare avgör själv om verksamhet ska ske inom egen regi samt att definiera vilket behov som föreligger.

---

<sup>17</sup> Upphandlingsdirektiven har utfärdats i enlighet med Europafördragets art. 95 och 251 som avser harmonisering av lagstiftning som direkt påverkar den gemensamma marknaden upprättande eller funktion. Se även EG-domstolen C-26/03.

<sup>18</sup> Europafördraget saknar direkta bestämmelser om offentlig upphandling men av stor betydelse för offentlig upphandling är bestämmelserna om icke-diskriminering i art. 12, om fri rörlighet av varor i art. 28, om etableringsrätt i art. 43 och om fri rörlighet av tjänster i art. 49.

## 2.2 Mål för upphandlingslagstiftningen

Regleringen av den offentliga upphandlingen har flera mål och skyddsintressen. Ett mål är att upphandlingen ska ske öppet för att leverantörer ska kunna konkurrera på lika villkor. Ett annat mål är skattebetalarna ska få ut mest värde av de offentliga medlen. Ytterligare ett mål är att upphandlingen ska kunna bidra till uppfyllandet av samhällspolitiken.

## 2.3 Konkurrens mål

Upphandlingsreglernas primära mål är att säkerställa en öppen och likabehandlande tävlan om de offentliga kontrakten mellan leverantörer från olika medlemsländer för att därmed utveckla en effektiv konkurrens.<sup>19</sup> Skyddsintresset är således att leverantörer ska kunna utnyttja den fria rörligheten som den gemensamma marknaden erbjuder för att söka upp de affärsmöjligheter som ges när det offentliga anskaffar varor och tjänster. För att uppnå detta måste därför risken undanröjas för att en leverantör diskrimineras p.g.a. nationalitet eller annan orsak eller att en myndighet låter sig styras av ovidkommande hänsyn.<sup>20</sup> Marknaden för upphandlingsföremålet bör aktivt uppsökas och effektivast möjliga tävlan om det offentliga kontraktet skapas. Det innebär inte att den totala marknaden för upphandlingsföremålet måste uppsökas eller att den upphandlande myndigheten måste få till stånd konkurrens. Omfattningen av konkurrenskravet får bedömas utifrån upphandlingens storlek, typ av upphandling, upphandlingsföremål m.m.<sup>21</sup> En upphandlande myndighet ska planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att en långsiktig konkurrens vidmakthålls eller uppkommer.<sup>22</sup>

Skyddsintresset kan definieras i förhållande till den enskilde leverantören såsom en individuell rättighet eller i förhållande till marknaden generellt såsom en kollektiv förmån för alla leverantörer. Frågan aktualiseras exempelvis om det uppstår ett behov av att avväga villkor och krav som begränsar konkurrensen på kort sikt i syfte att åstadkomma en väl fungerande marknad på längre sikt.

### 2.3.1 Mål om god hushållning av offentliga medel

Ett mål, som reflekterar konkurrensmålet, är att åstadkomma upphandling som innebär mesta möjliga värde och nytta för skattebetalarnas pengar, "good value for money".<sup>23</sup> I huvudsak förutsätter en god användning av offentliga medel att an-

<sup>19</sup> Upphandlingsdirektivet beaktadesats 2, 4, 8 och 29 samt EG-domstolen C-243/89. I EG-domstolens mål C-213/07 uttrycks att det centrala syftet med upphandlingsdirektivet är utsätta offentlig upphandling för konkurrens på gemenskapsnivå.

<sup>20</sup> EG-domstolen C-380/98 och C-513/99.

<sup>21</sup> Nord, Lagen om offentlig upphandling, s. 37.

<sup>22</sup> SOU 2001:31 s. 288.

<sup>23</sup> Upphandlingsdirektivet beaktadesats 13.



skaffning sker med en konkurrensutsättning för att erhålla de bästa villkoren på marknaden, d.v.s. uppnås inte konkurrensmålet uppnås i regel inte heller målet om god hushållning av offentliga medel. Uppfylls detta mål kan offentlig upphandling därmed bidra till att offentlig verksamhet kan bedrivas med hög kvalitet till låg kostnad. Stat, kommun och landsting har generella krav på god hushållning av offentliga medel, vilket är ett verksamhetskrav som därmed kompletteras av upphandlingsreglerna.<sup>24</sup>

### 2.3.2 Samhällsnyttiga mål

Den offentliga förvaltningens yttersta funktion är att tillgodose viktiga samhällsintressen, vilket även den offentliga upphandlingen bör främja eller i vart fall inte motverka. Storleken på offentlig upphandling medför en betydande köparmakt för det allmänna som skulle kunna vara ett alternativ eller komplement till de traditionella verktygen för att genomdriva politik i samhället. Det finns ett utrymme att ta hänsyn till andra än strikt ekonomiska intressen förutsatt att sådana krav och kriterier överensstämmer fördragets grundläggande principer i allmänhet och upphandlingsprinciperna i synnerhet samt att det finns en koppling till upphandlingsföremålet.<sup>25</sup> Offentlig upphandling kan främja viktiga områden som hållbar utveckling, innovationer, utveckla näringslivet, miljöskydd, sociala frågor och kampen mot ekonomisk brottslighet och korrupktion. De två målen om konkurrens och god hushållning av offentliga medelbidrar i sig till välfärd, ekonomisk tillväxt och flera arbetstillfällen, vilket skapar goda offentliga finanser och en stark samhälls-ekonomi som utgör en förutsättning för att finansiera samhällsnyttiga mål.

### 2.3.3 Målkonflikt

Offentlig upphandling kan i de flesta fall genomföras på ett sådant sätt som uppnår samtliga mål. Det finns dock konfliktsituationer där målen kan bli inbördes oförenliga. Exempel på målkonflikter vid offentlig upphandling är:

- Utrymmet för att ta hänsyn till samhällsintressen å ena sidan och de ekonomiska intressena om konkurrens och god hushållning å andra sidan är en konfliktsituation som varit föremål för ett antal avgöranden EG-domstolen.
- Målet om god hushållning kan i vissa fall vara oförenligt med konkurrensmålet när vinsten av en anskaffning i öppen konkurrens blir mindre än om köpet skulle genomföras på enklast möjliga sätt.

---

<sup>24</sup> Lag (1996:1059) om statsbudgeten 1 § och kommunallag (1991:900) 8 kap. 1 §. I praktiken bör detta innebära att anskaffning ska ske efter utnyttjande av den befintliga konkurrensen villkor oavsett om det funnits upphandlingsregler eller inte.

<sup>25</sup> Upphandlingsdirektivet beaktandesats 1 och EG-domstolen C-513/99.

- Målet av konkurrens kan hamna i en inbördes konflikt mellan kort- respektive långsiktiga intressen. Ett lågt pris på kort sikt kan medföra försämringar av den långsiktiga konkurrenssituationen.

## 2.4 De grundläggande rättsprinciperna

Målen med offentlig upphandling uppnås konkretiseras i ett antal principer. Förståelsen för upphandlingsprinciperna är viktig då dessa är generalisering av grundläggande ideal som materialiseras i direktivets regeltext.<sup>26</sup> De grundläggande principerna gäller även för upphandlingar som inte omfattas av direktivet.<sup>27</sup>

### 2.4.1 Icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering innebär att all form av diskriminering p.g.a. nationalitet är förbjuden.<sup>28</sup> Även om en myndighet inte förväntar sig anbud från utländska leverantörer får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra. Principen är av central betydelse inom EG-rätten.

### 2.4.2 Likabehandling

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. För upphandlingsområdet innebär det att ingen leverantör får gynnas eller missgynnas så att därmed en snedvriden konkurrens uppstår.<sup>29</sup> Det är inte tillåtet vid kvalificering eller utvärdering att ge favörer till en aktör med hänsyn till att det skulle vara fördelaktigt för den upphandlande myndigheten p.g.a. ökad sysselsättning, skatteunderlag eller någon annan samhällsekonomisk bedömning.<sup>30</sup> EG-domstolen har uttalat att om en upphandlande myndighet godtar ett anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget är det att betrakta som ett brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare, eftersom andra aktörer kan ha valt att avstå då de inte uppfyller kraven.<sup>31</sup> Principen gäller under hela upphandlingsprocessen.

<sup>26</sup> SOU 2005:22 s. 217. Även Peczenik, Juridisk argumentation, en lärobok i allmän rättslära, s. 82.

<sup>27</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

<sup>28</sup> Europafördraget art. 12 och myndighetsdirektivet art. 2.

<sup>29</sup> Principen om konkurrens och likabehandling står varandra nära funktionsmässigt och det är svårt att föreställa sig ett beteende som strider mot likabehandling och som samtidigt inte strider mot konkurrensprincipen.

<sup>30</sup> SOU 1999:139 s. 71.

<sup>31</sup> EG-domstolen C-243/89.

### 2.4.3 Öppenhet

Princip om öppenhet är en fundamental förutsättning för att en konkurrensutsatt upphandling ska kunna genomföras, eftersom en leverantör inte kan vara med och tävla om ett anbud om det inte finns vetskap om upphandlingen.<sup>32</sup> Öppenhet åstadkoms genom detaljerade regler för hur information ska vara tillgängligt för leverantörer genom annonsering m.m. För att de grundläggande principer som upphandlingsreglerna vilar på ska få genomslag är det viktigt att få insyn i upphandlingen när den avslutats. Bl.a. har en aktör rätt att ta del av utvärderingsunderlag efter upphandlingen, vilket är nödvändigt om denne ska kunna ta tillvara på sina rättigheter enligt de rättsmedel som står till buds. Insynen har även en viktig preventiv funktion och kan medverka till att förhindra regelöverträdelser, korruption och anbudskarteller.

### 2.4.4 Förutsebarhet

Kravet på förutsebarhet framgår tydligast i regleringen av förfrågningsunderlag som tydligt och fullständigt måste beskriva krav och specifikation på upphandlingsföremålet samt de utvärderingskriterier som ska användas för att välja det vinnande anbudet.<sup>33</sup> Utan detta kan en leverantör inte värdera om upphandlingen är av intresse eller utforma ett anbud med vetskap om hur det kommer att bedömas.<sup>34</sup>

### 2.4.5 Proportionalitet

Proportionalitetsprincipens funktion är att balansera krav och villkor i förhållande till omständigheterna i upphandlingen. En åtgärd får inte vara mer ingripande än vad som är nödvändigt för att uppfylla sitt syfte. För upphandlingsområdet innebär det bl.a. att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på leverantörer eller på föremålet för upphandlingen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas.<sup>35</sup>

### 2.4.6 Ömsesidigt erkännande

Intyg och certifikat m.m. som utfärdats av en annan medlemsstats myndighet ska accepteras i de övriga medlemsstaterna enligt principen om ömsesidigt erkännande.

---

<sup>32</sup> Upphandlingsdirektivet art. 2.

<sup>33</sup> EG-domstolen C-532/06.

<sup>34</sup> Nord, Lagen om offentlig upphandling, s. 44.

<sup>35</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132.

Motsatsen skulle innebära att aktörer från andra länder än den upphandlande myndigheten skulle kunna diskrimineras och utestängas från upphandlingen.<sup>36</sup>

#### 2.4.7 Effektiv prövning

Principen innebär att det ska finnas möjlighet till en effektiv och snabb domstolsprövning av beslut vid upphandling som berör en leverantör för upphandlingar enligt direktivet.<sup>37</sup> Den närmare utformningen överlämnas till varje medlemsstat att själva bestämma så länge reglerna uppnår avsedd effekt. Principen anses gälla även för upphandlingar utanför direktivets område men bör kunna vara tillgodosett genom möjligheten till skadestånd vid regelöverträdelse.

### 2.5 Reglerna

Upphandling regleras i direktiv som har införlivats i Sverige genom lagstiftning.

#### 2.5.1 EG-rättsliga upphandlingsregler

Sedan 1970-talet har det funnits gemenskapsrättsliga regler för upphandling.<sup>38</sup> Ett flertal direktiv om förfaranderegler vid upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader har utfärdats sedan dess. För att skapa en bättre efterlevnad av förfaranderegler utfärdades direktiv om rättsmedel vid upphandling i slutet av 1980-talet.

De gällande direktiven är:

##### *Myndighetsområdet*

- Direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, 2004/18/EG.
- Direktiv om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, 89/665/EEG<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Upphandlingsdirektivet art. 23.7 och 45.3.

<sup>37</sup> Upphandlingsdirektivet art. 81 och rättsmedelsdirektivet.

<sup>38</sup> Det första upphandlingsdirektivet kom 1971 och avsåg byggentreprenader.

<sup>39</sup> Direktivet förändras i med direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, 2007/66/EG med senast dag för implementering den 20 december 2009.

### *Försörjningsområdet*

- Direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet), 2004/17/EG.
- Direktiv om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, 92/13/EEG40.

Gällande förordningar är:

- Förordning (EG) nr 1564/2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbuds-förfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG.
- Förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV).

## 2.5.2 Svenska upphandlingsregler

Regler och reglementen för upphandling inom stat, kommun och landsting har funnits under hela 1900-talet. År 1994 trädde lag (1992:1528) om offentlig upphandling ikraft, som baserades på gemenskapsrättens regler, med anledning av Sveriges anslutning till EES-avtalet.

Gällande lagstiftning sedan 1 januari 2008 är:

### *Myndighetsområdet*

- Lag om offentlig upphandling (2007:1091), LOU.

### *Försörjningsområdet*

- Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2007:1092), LUF.

Till upphandlingslagstiftningen finns ett antal förordningar som innehåller förtydliganden eller kompletterande regler vid tillämpning av upphandlingslagstiftningen:

---

<sup>40</sup> Se not ovan.

- Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
- Förordning (1998:796) om statlig inköpsamordning.
- Förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.
- Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.
- Tillkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Upphandling för värden understigande tröskelvärdena samt för B-tjänster (exempelvis tjänster inom vård och omsorg, utbildning, fritids-, idrotts- och kulturverksamhet m.m.) anses inte ha en betydelse för gränsöverskridande handel och regleras därför inte av direktiven, vilket ger utrymme för varje medlemsstat att utforma egna lösningar givet att upphandlingar sker i enlighet med de grundläggande principerna. Sverige har valt att ha en relativt omfattande reglering för upphandlingar utanför direktivets område.

## 3 Offentlig upphandling ur ett ekonomiskt perspektiv

### 3.1 Upphandlingsmarknaden

#### 3.1.1 Värde och antal upphandlingar.

Inledningsvis kan påpekas att uppgifter om den exakta omfattningen av offentlig upphandling vilar på osäker grund. I Sverige beräknas den totala offentliga upphandlingen uppgå till mellan 450 och 535 miljarder kronor år 2006 och motsvarar 15,5 till 18,5 procent av BNP.<sup>41</sup> Inköp beräknas svara för ca en tredjedel av den offentliga sektorns kostnader.<sup>42</sup> Den totala offentliga upphandlingen inom EU uppgår till mer än 18 500 miljarder euro varje år, motsvarande 16 % procent av EU:s samlade BNP. Antalet annonserade upphandlingar i Sverige över tröskelvärdet är omkring 3 500 årligen.<sup>43</sup> Uppgifter om antalet annonserade upphandlingar under tröskelvärdet är enligt en uppskattning 17 000 årligen.<sup>44</sup> Det finns dock andra uppgifter om att det sker drygt 200 000 upphandlingar årligen under tröskelvärdena samt utöver detta ett stort antal direktupphandlingar.<sup>45</sup> Volym- och värdemässigt dominerar upphandling som inte omfattas av direktiven där det finns uppskattningar att 80 % av upphandlingsvärdet sker inom denna kategori.<sup>46</sup>

#### 3.1.2 Antal myndigheter och leverantörer.

Sverige hade år 2007 ca 478 statliga myndigheter, 290 kommuner, 18 landsting och 2 administrativa regioner. Därtill tillkommer ett stort antal offentlighetsrättsliga bolag och stiftelser.<sup>47</sup> Antalet upphandlande myndigheter och enheter i Sverige har uppskattats till 10 000.<sup>48</sup> Offentlig upphandling berör ett stort antal aktörer i näringslivet. År 2004 har motsvarande 23 000 småföretag deltagit i offentlig upphandling, vilka lämnade 120 000 anbud. Dessutom är det relativt vanligt att företag, särskilt de mindre, är underleverantörer till andra företag som lämnar anbud.<sup>49</sup>

---

<sup>41</sup> Bergman, offentlig upphandling och offentligt inköp, Konkurrensverket, 2009.

<sup>42</sup> KKV 2006:4 s. 23.

<sup>43</sup> Uppgiften baseras på antalet annonseringar i TED.

<sup>44</sup> NUTEK 2006:21 s. 11.

<sup>45</sup> SOU 1999:139 s. 56.

<sup>46</sup> SOU 1999:139 s. 56.

<sup>47</sup> NUTEK 2008:6 s. 11.

<sup>48</sup> SOU 1999:139 s. 137.

<sup>49</sup> NUTEK 2005:21.

### 3.1.3 Vad är det som upphandlas?

Offentlig upphandling används i huvudsak i två situationer, dels anskaffning för att möjliggöra produktion av offentlig verksamhet, dels upphandling när offentligt finansierad verksamhet konkurrensutsätts.

Fördelning mellan de olika typerna av upphandling är:<sup>50</sup>

- Tjänster                    64%
- Varor                        29%
- Byggentreprenad    7%

### 3.1.4 Särskilda svenska förutsättningar vid upphandling

I några avseende skiljer sig förutsättningar för offentlig upphandling i Sverige från andra europeiska medlemsländer:

- Den svenska förvaltningsmodellen innebär att det finns ett stort antal myndigheter och kommuner som inom sin verksamhetsuppdrag agerar självständigt. Det innebär att offentlig upphandling i Sverige är decentraliserat och uppdelat på många mindre upphandlande myndigheter.
- Sverige har tvingande procedurregler för upphandling i högre utsträckning än i andra medlemsstater då omfattande reglering även finns för upphandlingar som inte omfattas av direktivet.<sup>51</sup>
- I Sverige genomförs upphandlingar i hög utsträckning av större kontrakt jämfört med andra medlemsländer.<sup>52</sup>
- Det finns indikationer på att Sverige relativt sett har en omfattande användning av ramavtal.<sup>53</sup>
- Annonser om upphandlingar förmedlas av privata företag jämfört med de övriga medlemsstater som har publika funktioner för publicering.<sup>54</sup>
- Sverige har en förhållandevis omfattande offentlig sektor, vilket därmed innebär att offentlig upphandling har stor betydelse för samhällsekonomin.

---

<sup>50</sup> NUTEK 2008:6 s. 9.

<sup>51</sup> NUTEK 2008:6 s. 6.

<sup>52</sup> ITPS 2004:27 s. 28.

<sup>53</sup> EIM 2004-03-22 s. 142.

<sup>54</sup> EIM 2004-03-22 s. 65



## 3.2 Särskilda förutsättningar för upphandlingsmarknaden

Ett antal omständigheter är utmärkande för upphandlingsmarknaden jämfört med andra marknader, vilket måste tas i beaktande vid diskussion om upphandlingsmarknadens funktion och hur den kan förbättras.

### 3.2.1 Regulativ aspekt

Marknadsfunktionen vid upphandling är rättslig reglerad i en betydligt större utsträckning än vad som är fallet vid de övriga kommersiella transaktioner. Det innebär att många moment i affärsprocessen som vanligtvis sker formlöst vid offentlig upphandling regleras i lag. Exempelvis finns det regler för hur marknaden ska uppsöks, vilka krav som får ställas vid kontraktet, hur utvärdering får ske osv. Omständigheten att upphandlingsreglerna har en stor ekonomisk betydelse i samhället gör att arbete med regelförändringar behöver uppmärksamma s.k. "regulatory capture", d.v.s. påverkan från individer eller grupper som har ett egenintresse av att lagstiftningen får en viss utformning.<sup>55</sup>

### 3.2.2 Agent-principal aspekt

Agent-principalproblemet är benämning på den svårighet som uppstår att motivera en uppdragstagare (agenten) att handla i huvudmannens (principalen) intresse eftersom det alltid finns en risk att agenten väljer att tillgodose sina egna behov före principalens.<sup>56</sup> Problemet beror vanligtvis på att agenten har ett informationsövertag (asymmetrisk information) i förhållande till principalen. Risken för medvetet och omedvetet missbruk ökar med dålig insyn och kontroll samt ett stort handlingsutrymme för agenten. I sin värsta form tar sig detta problem uttryck i korrruption och annan ekonomisk brottslighet.<sup>57</sup> Av denna anledning bör en upphandlande myndigheter inte betraktas som en helhet utan snarare ses bestå av en huvudman och antal tjänstemän som sinsemellan kan ha motsatta intressen. Agentprincipalproblemet uppges vara en av huvudförklaringar till att offentlig upphandling regleras i lagstiftning.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Trepte, Regulating procurement, s. 82.

<sup>56</sup> Många av de offentlighetsrättsliga reglerna syftar till att hantera denna problematik. Offentlighetsprincipen, verksamhetsstyrning genom normreglering, möjlighet att överklaga beslut, tjänsteansvar, tillsyn och intern revision är olika medel som var och en bidrar till tjänstemän i förvaltning handlar i myndighetens intresse.

<sup>57</sup> Brottsförebyggande rådet, rapport 2007:21, pekar ut offentlig upphandling som en av de största riskområdena för korrruption.

<sup>58</sup> Trepte, Regulating procurement, s. 13 och 70.

### 3.2.3 Effektivitetsaspekt

När offentliga organ agerar som en marknadsaktör finns en risk att beslut inte fattas utifrån effektivitet då resultatet av en dålig affär inte behöver medföra att direkt negativa konsekvenser uppstår för tjänstemannen (eller myndigheten). Företag, som agerar på en konkurrensutsatt marknad, är tvingad att göra goda affärer för långsiktigt överlevnad medan en myndighet som finansieras genom skatter inte behöver ta konsekvenser av en dålig ekonomisk hushållning.<sup>59</sup>

### 3.2.4 Etisk aspekt

Myndigheter kan inte jämföras med vilken marknadsaktör som helst utifrån dess funktion i samhället, vilket visar sig i bl.a. att myndigheter ska agera med objektivitet, opartiskhet och förutsebarhet inom den kompetens som ges av offentlig-rättsliga bestämmelser. När myndigheter ska anskaffa varor och tjänster ställs därför ofta även etiska krav på de leverantörer som antas i form av att de uppfyller sina lagstadgade samhällsförpliktelser. Motsatsen skulle innebära en inkonsekvens eftersom det skulle uppstå en situation där en del av det offentliga har till uppgift att bekämpa brottslighet och lagöverträdelser samtidigt som en annan del av det offentliga gynnar lagbrytande aktörer genom att ingå affärsförbindelser med dem.

### 3.2.5 Politisk aspekt

Då upphandling omfattar stora värden föreligger en risk att den köparmakt som upphandling utgör, används för att komplettera och förstärka de instrument (exempelvis normgivning och skatter) som står till buds för att förverkliga eller genomföra politik i samhället.

### 3.2.6 Skillnad mot privata marknader

Formen för upphandling skulle i det privata näringslivet upplevas som ett hinder för långsiktiga och smidiga affärsrelationer.<sup>60</sup> Ett brukligt affärsbeteende är att säljare för ett företag söker upp en presumtiv köpare för att väcka ett behov och påvisar fördelarna med en nyttighet. Tillvägagångssättet är formlöst, ofta muntligt och inslagen av skriftlighet (offerter eller anbud) är inte slutgiltiga utan ger vanligtvis en öppning för förhandling. För affärsvillkoren skiljs mellan stort och smått, där mindre viktiga villkor kan jämkas så länge de väsentliga villkoren är godtagbara. Oklarheter reds ut löpande. Ömsesidigt förtroende och långsiktiga affärsrelationer är viktigare än vad som är "rätt" enligt den bokstavliga lag- eller avtalsmässiga

---

<sup>59</sup> Problem med effektivitet är även en konsekvens av agent-principalproblematik, Trepte, Regulating procurement, s. 77.

<sup>60</sup> SOU 2001:31 s. 282.

lydelsen. Tvister hanteras lösningsinriktat och att konflikter leder till formella tvistelösningar i domstol eller skiljeförfarande är sällsynt.

Vid upphandling är det i många fall motsatta mekanismer som gäller. Initiativ att köpa nyttigheter kommer från beställaren i form av en upphandling. Inför varje ny upphandling "nollställs" alla leverantörer och intyg och bevis ska skickas in även om det redan finns en etablerad affärsrelation. Skriftlighet är utgångspunkten och lämnade anbud är inte möjliga att förbättra i efterhand. De detaljerade formkraven, förfarandereglererna och exakta tidsgränser som måste uppfyllas kan innebära att en i sammanhanget mindre formalia kan stjälpas ett anbud utan att leverantören uppmärksammas på detta.<sup>61</sup> Omfattande möjligheter till rättslig prövning leder till ett jämförelsevis stort antal överprövningar. Sammantaget kan offentlig upphandling ses som en särpräglad affärslogik.

Offentlig upphandling	Privat inköp
+	+
Information om affärsmöjlighet	Smidigt förfarande
Rättssäkerhet	Lägre kostnader för genomförandet
Konkurrens på lika villkor	Långsiktig affärsrelation
-	-
Höga kostnader för förfarande	Inga garantier för objektivt /likabehandlande
Formaliserat	Förutsebarhet
Tyngande domstolsprocesser	

### 3.3 Konkurrens

#### 3.3.1 Perfekt konkurrens

Perfekt konkurrens på en marknad uppstår när alla aktörer har fullständig information, ingen aktör är så stor att den självständigt kan diktera priser, det finns många oberoende köpare och säljare, varor och tjänster är homogena och att det råder ett fritt in- och utträde ur marknaden. I praktiken råder aldrig en perfekt konkurrens

<sup>61</sup> NUTEK R2005:21 s. 52.

utan det finns mer eller mindre väl fungerande marknader. I verkligheten förekommer alltid s.k. marknadsmisslyckande som exempelvis beror på bristfällig eller asymmetrisk information, höga transaktionskostnader, monopolliknande situationer och beteenden av aktörer som hämmar konkurrens m.m. Detta utgör skälet till offentliga interventioner i form av lagstiftning för att förbättra marknadens funktion.

### 3.3.2 Betydelsen av en väl fungerande konkurrens på upphandlingsmarknaden

Offentlig upphandling är en viktig del av konkurrenspolitiken som syftar till att bidra till effektiva, öppna och väl fungerande marknader som stimulerar och släpper fram nya idéer, företag och produkter. En väl fungerande konkurrens ger lägre priser och högre kvalitet. EU-kommissionen uppskattar att reglerna för offentlig upphandling har minskat det genomsnittliga priset på de varor och tjänster som upphandlas med 30 procent.<sup>62</sup> Undersökning av konkurrensutsättning av offentlig verksamhet genom upphandling visar att inledningsvis kan kostnadsminskningar upp mot 20 % uppnås. Även om de initiala kostnadsminskningarna inte består medför en konkurrensutsättning i huvudsak en likvärdig eller högre kvalitet på produktionen till lägre kostnad.<sup>63</sup> Upphandling under konkurrens skapar ett förändringstryck för svenska företag att bli mer effektiva, vilket innebär bättre förutsättningar att tävla på europeiska och internationella marknader. Konkurrens främjar utveckling och innovation av produkter och processer, vilket är avgörande för att öka produktivitet, konkurrenskraft och ekonomisk tillväxt. Behov och efterfrågan från offentliga verksamheter utgör inom många områden en viktig, och ibland dominerande, marknad för företag. Historiskt sett har offentlig upphandling varit en viktig framgångsfaktor för svensk högteknologisk industri.<sup>64</sup> En väl fungerande upphandlingsmarknad innebär att en effektiv resursallokering, vilket leder till att välbefindandet i samhället maximeras. Att sträva efter bästa möjliga förutsättningar för konkurrens på upphandlingsmarknaden är därför väsentligt av flera skäl.

### 3.3.3 Hinder mot väl fungerande konkurrens

Skäl till att marknader inte är perfekta kan bero på många omständigheter som kan förklaras av marknaden som sådan eller av andra institutionella faktorer i samhället. Vid offentlig upphandling är anledningen till problem i många fall orsakad av institutionella faktorer och därför kan dessa misslyckanden kallas för institu-

---

<sup>62</sup> A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, European Commission, 2004.

<sup>63</sup> Nilson m fl, Den svåra beställarrollen, s. 47.

<sup>64</sup> NUTEK 2006:21 s. 35.

tionella misslyckanden.<sup>65</sup> Nedan redovisas några viktiga omständigheter som försämrar konkurrensen.

### Höga transaktionskostnader

Transaktionskostnader kan definieras som kostnaden för att överföra ägande- eller nyttjanderätt för varor och tjänster på en marknad.<sup>66</sup> Närmare uppstår transaktionskostnader vid alla de moment som sker vid en överlåtelse; hitta en köpare eller säljare, undersöka varan eller tjänsten, lämna eller inhämta uppgifter, förhandling, kontroll och genomförandet av köpet.<sup>67</sup> Utformningen av institutioner avgör omfattning och sammansättning på transaktionskostnader och har därmed en direkt betydelse för marknadens funktion.<sup>68</sup> Förekomsten av transaktionskostnader får stora implikationer på hur ekonomisk aktivitet organiseras i samhället. Är nyttan av ett köp eller försäljning mindre än kostnaden för transaktionen avstår aktören från affären.<sup>69</sup> Höga transaktionskostnader vid upphandling kan exempelvis innebära att det är mer förmånligt att driva verksamhet i egen regi än att konkurrensutsätta den, att pris eller kvalitet påverkas negativt samt att företag avstår från att tävla om offentliga kontrakt om transaktionskostnaderna är högre än i för andra marknader.<sup>70</sup> En effektiv marknad förutsätter att den institutionella strukturen har utformats för att eliminera transaktionskostnader. Transaktionskostnader utgjorde 45 % av USA:s BNP år 1970.<sup>71</sup> Omfattningen av transaktionskostnader visar på betydelsen av att ha väl utformade institutioner för marknaden.<sup>72</sup>

### Inträdeshinder

Inträdeshinder på en marknad föreligger när det finns ekonomiska, juridiska eller kontraktsmässiga hinder för ett företag att bedriva verksamhet. I praktiken finns inga marknader helt utan ekonomiska inträdeshinder eftersom det i många fall krävs investeringar i form av marknadsföring, tekniskt kunnande eller annan investering för att kunna bedriva kommersiell verksamhet.<sup>73</sup> Om transaktionskostnader blir tillräckligt höga för en aktör så att den avstår från marknaden kan transaktionskostnaden sägas utgöra ett inträdeshinder. I takt med avreglering av den svenska marknaden har olika former av rättsliga inträdeshinder minskat i

<sup>65</sup> Trepte, *Regulating procurement*, s. 68.

<sup>66</sup> Mercuro och Medema, *Economics and the law*, s. 246.

<sup>67</sup> Ofta används en grov indelning av transaktionskostnad i kostnader för kontakt, kontrakt och kontroll. Transaktionskostnad kan ses i förhållande till produktionskostnad, d.v.s. kostnaden för att tillverka eller tillhandahålla en vara eller tjänst.

<sup>68</sup> Mercuro och Medema. *Economics and the law*, s. 269. Även vad som anskaffas har betydelse för transaktionskostnader. Marknader för standardvaror har oftast lägre transaktionskostnader än vad som är fallet med komplexa och unika nyttigheter som exempelvis tjänster.

<sup>69</sup> Mercuro och Medema. *Economics and the law*, s. 114.

<sup>70</sup> Trepte, *Regulating procurement*, s. 126.

<sup>71</sup> Mercuro och Medema. *Economics and the law*, s. 256.

<sup>72</sup> Dessa siffror i en rak överföring till svenska förhållanden på upphandlingsområdet skulle innebära att transaktionskostnader för den offentlig upphandling motsvarar  $0,45 \cdot 500 = 225$  miljarder årligen.

<sup>73</sup> KKV 2007:4 s. 21.

Sverige de senaste decennierna. Exempel på kontraktsmässiga inträdeshinder på upphandlingsmarknaden är en omfattande användning av ramavtal eftersom ramavtalet utesluter att icke antagna leverantörer kan tävla om de aktuella offentliga kontrakten under ramavtalets löptid.

### Konkurrensbegränsande beteenden

Konkurrenslagstiftningen syftar till att bevara konkurrens genom att förbjuda vissa beteenden och avtal som begränsar konkurrens. I konkurrenslagen uppställs förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och missbruk av dominerande ställning samt företagssamgåenden som skapar eller förstärker en ställning på marknaden som är skadlig ur konkurrenshänseende.

### 3.3.4 Transaktionskostnader och små och medelstora företag

Små och medelstora företag har i många fall komparativa nackdelar i förhållande till de större företagen vid upphandling.<sup>74</sup> Det finns mindre förutsättningar att utnyttja skal- och stordriftsfördelar. Andra svårigheter som möter dessa företag brist på tid, personal, stabs- och andra specialistresurser och kompetens om upphandlingsförfarandet. Det innebär att tidsåtgången för att hantera de särskilda krav som ställs vid offentlig upphandling sannolikt proportionellt sett är större i mindre företagen än i de större.<sup>75</sup> Regler, administrativa rutiner och upplevt krångel, inte minst formerna för den offentliga upphandlingen, kan därför sägas slå hårdare mot mindre företagen och kan utgöra kännbara hinder för dessa att vara med och tävla om offentliga kontrakt.<sup>76</sup> För en myndighet innebär det oftast lägre transaktionskostnader att genomföra få upphandlingar av större kontrakt jämfört med flera mindre kontrakt ska upphandlas och hanteras. Detta kan typiskt sett försvåra för de små och medelstora företagen. Storskalig upphandling riskerar därför att på sikt leda till en ökad marknadskoncentration, ge färre alternativ och en försämrad konkurrens.<sup>77</sup> Samtidigt har kategorin små och medelstora företagen en mycket viktig roll i svensk och europeisk ekonomi. Ett ökat företagande är en viktig del för att öka tillväxt, välfärd och förnyelsen i svensk ekonomi. Nya och växande småföretag skapar tillskott av idéer och ökat entreprenörskap. Därmed bidrar dessa företag till dynamik och förnyelse i näringslivet och motverkar samtidigt marknadskoncentrationer.<sup>78</sup> Av dessa skäl är det viktigt att små och medelstora företag medges tillträde till offentlig upphandling.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Definition på små och medelstora företag finns i Europeiska kommissionens rekommendation 2003/361/EC.

<sup>75</sup> Samtidigt visar undersökningar att det inte kan fastslås ett samband mellan företagets storlek och tidsåtgång, NUTEK 2008:6 s. 30.

<sup>76</sup> SOU 2001:31 s. 383.

<sup>77</sup> Ballebye Olesen, Vad kan offentliga beställare lära sig av privata? s. 4.

<sup>78</sup> SOU 2001:31 s. 383.

<sup>79</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 3.

### 3.3.5 Resultatet av höga transaktionskostnader vid upphandling

Höga transaktionskostnader vid offentlig upphandling kan antas resultera i följande konsekvenser:

Utbudssidan:

- a) Potentiella leverantörer avstår från att lämna anbud och tävla om offentliga kontrakt med följd att konkurrensen blir sämre.
- b) Transaktionskostnader måste kompenseras med påslag på pris vilket leder till att varor och tjänster blir dyrare att köpa för upphandlande myndigheter.
- c) Etablerade företag på upphandlingsmarknaden kan önska ha kvar en situation med höga transaktionskostnader som skapar inträdeshinder i syfte att slippa ökad konkurrens.

Efterfrågesidan:

- d) Anskaffning sker med former som innebär låga kostnader såsom direktupphandling (tillåten och otillåten) samt användning av ramavtal och andra konstruktioner som sammantaget skapar en mer sluten upphandlingsmarknad.
- e) Minskad konkurrensutsättning och att verksamhet utförs i egen regi inom den offentliga sektorn istället för på marknaden.
- f) Få men värdemässigt stora upphandlingar genomförs.

Effekter av transaktionskostnader på upphandlingsmarknaden.	Myndighet: låga transaktionskostnader	Myndighet: höga transaktionskostnader
Leverantör: låga transaktionskostnader	<p>En effektiv marknad där säljare och köpare har incitament att genomföra affärstransaktioner.</p> <p>God konkurrens.</p>	<p>Anskaffning sker i former som innebär låga kostnader som direktupphandling eller ramavtal.</p> <p>Få men stora upphandlingar.</p> <p>Incitamentet är att lösa uppgifter i egen regi istället för anskaffning på marknaden.</p> <p>Många anbud lämnas på de upphandlingar som genomförs på ett öppet sätt.</p>
Leverantör: höga transaktionskostnader	<p>Många upphandlingar finns öppet tillgängliga.</p> <p>Få anbud lämnas på vilket innebär en sämre konkurrens med risk för högre pris.</p>	<p>Lågt konkurrenstryck.</p> <p>Anskaffning sker på sätt som skapar en sluten marknad.</p> <p>Verksamhet utförs i egen regi</p>

En incitamentstruktur som förorsakar höga transaktionskostnader resulterar således i ett svagt konkurrenstryck på en öppen upphandlingsmarknad med liten volym samtidigt som det sker en omfattande anskaffning på en sluten upphandlingsmarknad.

### 3.3.6 Upphandlingsreglernas skyddsintresse, -funktion och -nivå

Skyddsintresset för den offentlig upphandling är ytterst en väl fungerande marknad och därför syftar regelverket till att förhindra och motverka bl.a. följande:

- Korruption, ekonomisk brottslighet och liknande oegentligheter.
- Skönsmässighet och godtycke där tjänstemannens personliga uppfattning går före saklighet och objektivitet.



- Bristande förutsebarhet genom att utvärdering av anbud avviker från vad som anges i förfrågningsunderlaget.
- Krav och villkor som snedvrider konkurrensen.
- Otillåtna villkor eller ovidkommande hänsyn.
- Slarv, bristande engagemang, undermålig prestation och liknande beteende som medför risk för en sämre anskaffning för den upphandlande myndigheten.

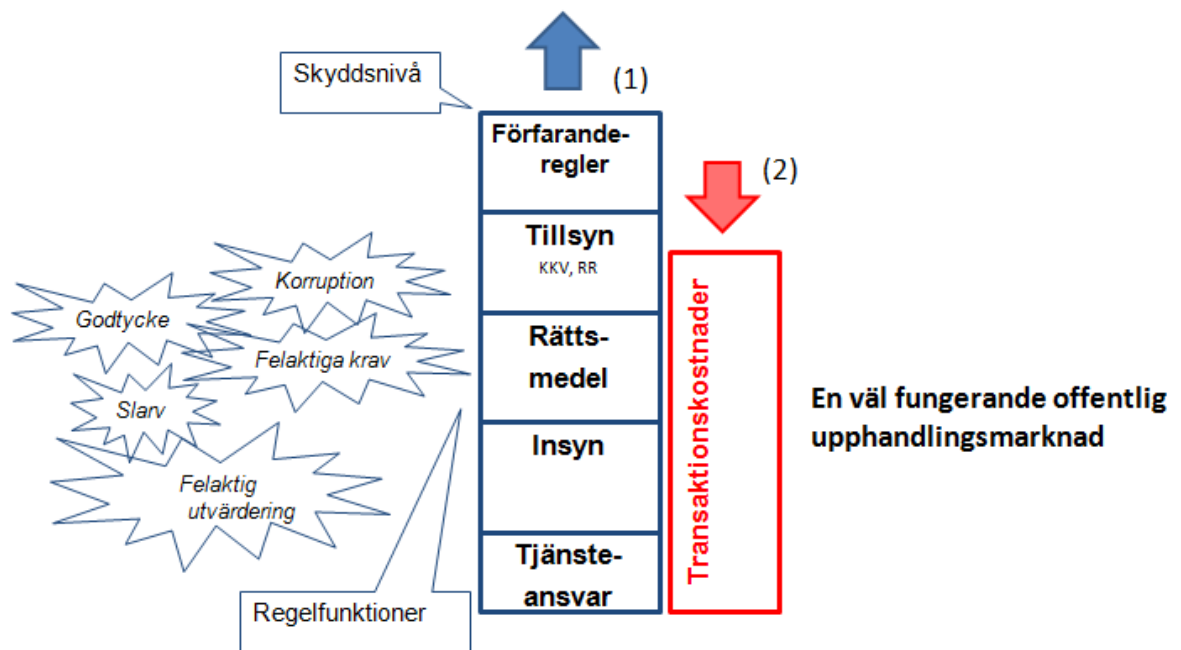
De skyddsfunktioner som säkerställer skyddsintresset är framförallt följande regelmekanismer:

- Normer som anger förfarandet och förutsättningar för att genomföra upphandling (såväl form som innehåll).
- Insyn och offentlighet vid upphandling som skapar incitament för att upphandling sker efter de principer som uppställs.
- Tillsyn i form av såväl den externa tillsynen i form av Konkurrensverket och Riksrevisionen som myndighetens interna revision och uppföljning.
- Rättsmedel för de leverantörer som lidit skada i samband med felaktigheter.
- Tjänsteansvar enligt civil- och straffrättsliga regler.

Utformning och omfattning av lagstiftningens regelfunktioner skapar en skyddsnivå för den offentliga upphandlingen. Regelfunktionerna i sig medför typiskt sett transaktionskostnader för marknadsaktörerna som kan få negativa effekter på marknadseffektiviteten. Det finns således ett samband mellan dessa delar som kan uttryckas som att (a) marknadsfunktionens effektivitet påverkas (b) positivt av en hög skyddsnivå men (c) negativt av höga transaktionskostnader.

Målsättningen för upphandlingsreglerna utifrån ovanstående resonemang är således att:

- Utformning av skyddsnivån ska ske av regelfunktioner som sammantaget leder till lägst möjliga transaktionskostnad vid upphandling.
- Omfattningen av skyddsnivån ska vara tillräckligt hög för att tillgodose skyddsintresset.



Denna bild illustrerar sambandet mellan regelfunktioner, skyddsnivå och transaktionskostnader där det optimala är en tillräckligt hög skyddsnivå (1) till lägsta möjliga transaktionskostnader (2).

## 4 Effektiv offentlig upphandling

### 4.1 Vad innebär en effektiv offentlig upphandling?

En inledande fråga är vad som menas med "effektiv offentlig upphandling". Trots att begreppet ofta används i diskussion kring upphandling och även anges som mål för tillsynsmyndighetens verksamhet är det inte närmare definierat.<sup>80</sup> Ur ett juridiskt perspektiv kan effektivitet avse att de mål som uppställs av lagstiftaren uppfylls.<sup>81</sup> Som framgår av avsnitt 2.2 ovan är målsättningen med upphandlingsreglerna en väl fungerande upphandlingsmarknad (även om detta inrymmer skilda delmål där det sinsemellan kan uppstå konfliktsituationer). Ur ett ekonomiskt perspektiv kan en marknad som motsvarar en omsättning på ca 500 miljarder årligen, utgör 1/3 av offentliga sektorns utgifter samt nära 20 % av BNP inte undgå krav på att samhällets resurser ska användas på sådant sätt att välfärd främjas så långt som möjligt. Effektivitet i ekonomiskt avseende är därmed att åstadkomma en resursallokering i samhället som bidrar till en dynamiskt och statisk effektivitet, vilket uppnås genom en väl fungerande marknad. Oavsett om effektivitet vid offentlig upphandling definieras utifrån en juridisk eller ekonomisk utgångspunkt sammanfaller det till "en väl fungerande upphandlingsmarknad".

### 4.2 Hur ska effektivitet på upphandlingsmarknaden mätas?

Nästa fråga är att bestämma vilka kriterier eller måttstock som ska användas för att mäta och utvärdera effektiviteten på upphandlingsmarknaden. Generellt sett är det svårt att mäta effektivitet på en marknad, däremot går det att använda indikatorer. Det finns dock inga vedertagna eller fastställda indikatorer på upphandlingsmarknaden. Ett förslag är därför att mäta det "öppna konkurrenstrycket", vilket består av två faktorer:

- 1) Konkurrenstrycket, d.v.s. antalet anbud som lämnas vid varje tävlan om offentliga kontrakt (utbudssidan).<sup>82</sup>
- 2) Graden av transparens, d.v.s. hur stor del av anskaffning som annonseras och möjliggör en öppen anbudstävlan (efterfrågesidan).

En fördel med måttstocken är att den är objektiv och kvantifierbar samt tar hänsyn till både köp- och säljsidan av upphandlingstransaktionen. Därmed ges möjlighet till jämförelse över tid, mellan olika branscher och mellan olika upphandlande

---

<sup>80</sup> Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket 2 § och regleringsbrev för budgetåret 2008 avseende Konkurrensverket, regeringsbeslut N2007/8083/MK. Detta är inte endast fallet för Sverige, Trepte, Regulating procurement, s. 128.

<sup>81</sup> SOU 2001:31 s. 58.

<sup>82</sup> KKV 2007:4 s. 60.

myndigheter. Mätmetoden förutsätter dock tillgång till grundläggande data, se åtgärdsförslag 6.2.2 och 6.2.6.

### 4.3 Upphandlingsmarknadens effektivitet

Nedanstående bedömning av den faktiska effektiviteten på upphandlingsmarknaden sker utifrån indikatorer för ett "öppet konkurrenstryck". Bristfällig statistik och empirisk data gör att resultatet endast kan ses som indikativt.

#### 4.3.1 Utbudssidan

- 1) Konkurrenstrycket, d.v.s. antalet anbud som lämnas vid varje tävlan om offentliga kontrakt (utbudssidan).

Enligt ekonomisk empiri leder ökat antal företag på en marknad till lägre pris och större produktion.<sup>83</sup> Det finns ingen självklar teoretisk tumregel för hur många företag det ska finnas för att en god konkurrens ska uppnås. Antalet leverantörer säger inget om den aktuella konkurrensen då det exempelvis kan uppstå en hård konkurrens vid endast två leverantör. Teori och praktiska erfarenheter talar dock för att konkurrensen fungerar generellt sett väl när det är minst 5-6 konkurrerande företag.<sup>84</sup> Den allmänna uppfattningen är att det oftast lämnas för få anbud vid upphandling. Sannolikt finns det dock avsevärda skillnader mellan olika marknadssegment, branscher, geografiska områden samt vilket konjunkturläge som råder. För vissa områden uppges det inkomma många anbud vid upphandling (IT, kontorsmateriel, konsulttjänster för korta uppdrag särskilt inom teknisk sektor samt drift av restaurang/kafé-verksamhet etc.). Det finns indikationer att upphandling inom flera segment sker under dålig konkurrens med ibland endast 1-2 anbudsgivare.<sup>85</sup>

#### 4.3.2 Efterfrågesidan

- 2) Graden av transparens, d.v.s. hur stor del av anskaffning som annonseras och möjliggör en öppen anbudstävlan (efterfrågesidan).

Enligt ekonomisk empiri är en hög grad av marknadstransparens ett villkor för effektiv konkurrens. Med öppen upphandlingsmarknad menas här när anbudstävlan sker efter annonsering och med en sluten upphandlingsmarknad när anskaffning sker slutet utan öppen tävlan, vilket är fallet vid direktupphandling och tilldelning av kontrakt från ramavtal.<sup>86</sup> Graden av öppenhet på upphandlings-

---

<sup>83</sup> KKV 2006:4 s. 38.

<sup>84</sup> Nilson m fl, Den svåra beställarrollen, s. 87.

<sup>85</sup> KKV 2007:4 s. 85 och Anbudsjournalen nr. 18 2008.

<sup>86</sup> Inga av dessa anskaffningsformer har krav på offentliggörande av annons eller tilldelningsbeslut.

marknaden kan beräknas på flera sätt, exempelvis värdemässig respektive antalsmässig. Upphandling i Sverige kan beräknas uppgå till 500 miljarder kr årligen. Av detta annonseras uppskattningsvis upphandling över tröskelvärdena för ca 100 miljarder årligen i EU:s officiella databas för annonser av direktivstyrda upphandlingar (TED).<sup>87</sup> I Sverige annonseras ca 20 000 upphandlingar årligen.<sup>88</sup> Om dessa annonser i genomsnitt motsvarar två miljoner kr, d.v.s. tröskelvärdet för varor och tjänster när kommun och landsting tilldelar kontrakt, utgör den öppna upphandlingen utanför direktivets område ca 40 miljarder årligen. Ett sådant överslag ger att graden av transparens på upphandlingsmarknaden som inte omfattas av direktivet är 10 %.<sup>89</sup> Ett alternativt sätt att beräkna graden av den öppna upphandling är att utgå från antalet annonserade upphandlingar i förhållande till det totala antalet upphandlingar. Det finns uppgifter om att det totala antalet upphandlingar i Sverige är 200 000 (exklusive direktupphandlingar) årligen.<sup>90</sup> I förhållande till antalet publicerade annonser (20 000) ger att 10 % av upphandlingar sker öppet. Även om det statistiska underlaget är mycket osäkert ges tydliga indikationer att endast en mindre del av anskaffningen sker genom en öppen konkurrensutsättning.

---

<sup>87</sup> KKV:s rapport 2007:4 s. 67.

<sup>88</sup> NUTEK 2006:21 s. 11. Se även avsnitt 3.1.1. ovan.

<sup>89</sup> Annonserad upphandling för värden av 40 miljarder i relation till anskaffning om 400 miljarder. Den öppna delen av upphandlingsmarknaden med om även direktivupphandlingar medräknas är 28 %, d.v.s. 140 miljarder som annonseras i relation till total anskaffning om 500 miljarder kr.

<sup>90</sup> SOU 1999:139 s. 56.

## 5 Problem på upphandlingsområdet

### 5.1 Reglering

Avsnittet beskriver de övergripande problem som följer av att offentlig upphandling som affärstransaktion till stor del omfattas av ett rättsligt regelverk. De problem som uppstår p.g.a. enskilda bestämmelser behandlas i de efterföljande avsnitten. Tydliga spelregler är en förutsättning för en välfungerande upphandlingsmarknad, med vilket menas att marknadsmekanismen ska vara förutsägbar och begriplig för aktörerna. I den mån som marknadsfunktionen bestäms av rättsregler ska dessa vara tydliga och förståeliga. Osäkerhet för aktörerna medför generellt ökade kostnader. I sammanhanget kan även nämnas att skiftande spelregler för olika marknader i sig kan skapa en minskad rörlighet. Ju mer särskiljande upphandling är i jämförelse med andra affärstransaktioner, desto större är kompetenskostnaden för leverantör att inträda på marknaden. Därför bör det finnas en generell strävan att ha enhetliga förutsättningar oavsett marknad.

#### 5.1.1 Komplexa och detaljerade regler

##### Problem

Utmärkande för upphandling som affärstransaktion är att den omfattas av detaljerade regler. En allmän uppfattning är att offentlig upphandling är svårt och komplicerat.<sup>91</sup> Det har to m framförts att offentlig upphandling tillhör ett av de mest komplicerade inom svensk lagstiftning.<sup>92</sup> För privata företag som inte är vana vid hur det offentliga anskaffar varor och tjänster kan upphandling uppfattas som en udda affärslogik (se avsnitt 3.2.6. ovan). Skriftliga källor och intervjupersonerna är i huvudsak samstämmiga om att detaljerade regler i sig kan utgöra ett problem, däremot varierar uppfattningen om hur omfattande detta hinder är. Vissa menar att utformning av regleringen är det huvudsakliga problemet för en väl fungerande offentlig upphandling. Andra pekar på att det snarare är tillämpning av reglerna och framförallt utformning av förfrågningsunderlaget som är den största bristen.<sup>93</sup> Det finns en tydlig övervikt av representanter från beställarsidan som anger att lagstiftningen utgör ett problem. Särskilt är det reglerna för upphandling som inte omfattas av direktivet som är mest kritiserat, vilket kan bero på att detta volym- och värdemässigt utgör den största delen av upphandlingen i Sverige. En förklaring till upphandlingsreglernas komplexitet kan vara att det är en "direkt följd

<sup>91</sup> ITPS A2004:027 s. 40, NUTEK R2005:21 s. 7, SOU 1999:139 s. 201, EIM 2004-03-22 s. 74, Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 8, KKV:s rapport 2007:3 s. 9, NUTEK R2006:21 s. 61.

<sup>92</sup> NUTEK R2005:21 s. 7.

<sup>93</sup> NUTEK R2008:6, Kommissionen, European code of Best practices s. 3.

av att de problem som skall lösas för att man skall uppnå de eftersträvade målen även de är invecklade”.<sup>94</sup>

### Konsekvens

För myndigheter ställer lagstiftningen höga krav på kompetens och resurser för att kunna genomföra upphandling på rätt sätt (regleringskostnad). Jämfört med affärstransaktioner utan formkrav innebär lagreglerna att det tar mer tid och resurser i anspråk (förfarandekostnader). Komplexa regler är i sig en källa till felaktig tillämpning, medvetet eller omedvetet, och därmed ökar risken för överklaganden som i sin tur kostar tid och pengar (processkostnad).<sup>95</sup> Otillräcklig kompetens och rädsla för att begå felaktigheter med följd att upphandling behöver rättas eller göras om efter överprövning leder till ett defensivt och formellt förhållningssätt som inriktar sig på en korrekt snarare än en för verksamheten värdefull anskaffning (verksamhetskostnad).<sup>96</sup> Upphandling som genomförs försiktigt och med målet att inte bli föremål för överprövning medför sannolikt större nackdelar för innovativa och mindre företag i större utsträckning än för stora och etablerade leverantörer. Leverantörer har ett behov av kompetens för att hantera upphandlingsprocessen, även om upphandlingslagstiftningen i första hand ger riktlinjer för de upphandlande myndigheterna. Ett svårt och omfattande regelverk med generösa möjligheter för att inleda överprövning kan leda till processer p.g.a. okunskap (processkostnad). Utifrån marknadsfunktionen innebär komplicerade regler och tillämpning ett hinder eller motstånd för leverantörer att vilja uppsöka och verka på upphandlingsmarknaden.

### Juridisk aspekt

Sverige har valt att förfaranderegler och regler om rättsmedel ska finnas för i princip all tilldelning av offentliga kontrakt.<sup>97</sup> Till skillnad mot flera andra europeiska länder finns således relativt detaljerade regler för upphandling som inte omfattas av direktivet. Det finns däremot inget som hindrar en minskad omfattning av lagstiftningen som avser upphandling utanför direktivets tillämpningsområde.<sup>98</sup> Ur ett rättssäkerhetsperspektiv finns det ett övergripande krav på att regleringen är begripliga och tydliga för dem som skall tillämpa lagstiftningen.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 8.

<sup>95</sup> SOU 2006:28 s. 287.

<sup>96</sup> NUTEK R2006:21 s. 62.

<sup>97</sup> Undantag är s.k. direktupphandling som innebär att anskaffning kan ske utan formkrav eller annonsering vid lågt värde eller om det föreligger synnerliga skäl, LOU 15 kap. 3§.

<sup>98</sup> Det finns ett flertal länder inom EU som saknar eller har en begränsad lagstiftning för upphandling utanför direktivets tillämpningsområde.

<sup>99</sup> Prop. 2006/07:128 s. 139.

## 5.1.2 Rättsosäkerhet

### Problem

Med rättsosäkerhet avses när rättsläget är oklart p.g.a. att tolkning av regler inte slagits fast av domstol eller att reglerna i sig lämnar luckor eller otydligheter. Det är skillnad på komplexa regler och rättsosäkerhet. Ett problem för upphandlingsområdet är att en enhetlig rättspraxis på området saknas i många fall.<sup>100</sup> En och samma rättsfråga bedöms på olika sätt mellan länsrätter och ibland även mellan avdelningar inom samma länsrätt. Ytterligare problem är att många länsrättsdomar har en knapphändig motivering. De påtagliga skillnader som föreligger i mellan olika länsrätters bedömning av samma frågor samt de ofta knapphändigt motiverade länsrättsavgörandena uttalas vara ett allvarligt rättssäkerhetsproblem.<sup>101</sup> Andra källor framhåller att regelverket är otydligt och lämnar en gråzon öppen för tolkningar.<sup>102</sup> Muntliga källor bekräftar bilden av en spretig praxis och behov av klargörande prejudikat.

### Konsekvens

För myndigheter kan en osäkerhet om vilket utrymme lagstiftningen ger vid upphandlingen medföra en ökad försiktighet i upphandlingen för att inte riskera att behöva göra om eller rätta upphandling efter prövning i domstol. Detta kan förhindra användning och utveckling av nya upphandlingskoncept eller avtalsformer som leder till bättre anskaffning för verksamheten (verksamhetskostnad).<sup>103</sup> Vidare behövs juridisk expertis i större omfattning vid upphandling (regleringskostnad). Antalet överprövningar kan öka om oklarhet gör att frågor överlämnas för avgörande i domstol istället för att lösas på frivillig väg i ett tidigt skede av upphandlingen (processkostnad).<sup>104</sup> En ökad osäkerhet medför ökade regleringskostnader för leverantör samt medför risk att processbenägenheten ökar (processkostnader).<sup>105</sup> Osäkerhet om rättsläget innebär att spelregler är otydliga och att förtroende för upphandling försämras, vilket kan leda till att leverantör avstår från att tävla om offentliga kontrakt.

### Juridisk aspekt

Att den rättsliga regleringen ges ett klart och tydligt innehåll är en grundläggande förutsättning för en effektiv upphandling eftersom tolkningsproblem leder till en resurskrävande och ineffektiv lagstiftning för både samhälle och tillämparna.<sup>106</sup> Rättsordningen har ett ansvar för att rättstillämpningen är rättssäker och enhetlig.

---

<sup>100</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 80.

<sup>101</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 80.

<sup>102</sup> NUTEK R2006:21 s. 13.

<sup>103</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 81.

<sup>104</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 80.

<sup>105</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 80.

<sup>106</sup> Lagrådet, yttrande över förslag till upphandlingslagar, 2007-02-07, s. 3.



Det sker bl.a. genom att ett överklagande till kammarrätt och regeringsrätt ska ges prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

## 5.2 Marknadsinformation

Avsnittet behandlar problem rörande åtkomst till marknadsinformation, d.v.s. uppgifter om aktuella affärsmöjligheter samt om den aktuella konkurrens-situationen på upphandlingsmarknaden. En transparent marknad innebär att köpare och säljare har lätt att få kontakt för att kunna genomföra affärer. I vid bemärkelse är marknadsinformation en väsentlig omständighet för att en god konkurrens ska uppstå. Utan vetskap om potentiella affärsmöjligheter kan leverantörer inte ta ett marknadsbeslut att tävla om offentliga kontrakt. Information som hur konkurrenssituationen ser ut i stort kan uppmuntra leverantörer att exempelvis uppsöka sådana marknadssegment där konkurrenstrycket är svagt. En god marknadsinformation och insyn i upphandling är även en generell åtgärd för att motverka problem med bristande regelefterlevnad. Det är vidare en förutsättning för att kunna utvärdera och utveckla den offentliga upphandlingen.

### 5.2.1 Vetskap om upphandling

#### Problem

Då annonser och uppgifter om upphandlingar som inte är direktivstyrda finns utspridd på många olika platser finns det inte någon möjlighet att få en heltäckande bild över utbudet av offentliga affärsmöjligheter. Därmed kan en leverantör inte få vetskap om vilka upphandling som sker inom sitt verksamhetsområde på ett enkelt sätt.<sup>107</sup> Problemet med att annonsinformation inte finns tillgängligt på ett samlat ställe bekräftas av samtliga muntliga källor.

#### Konsekvens

För leverantörer ökar kostnaden när information är utspridd i olika källor jämfört med om uppgifter skulle finnas samlat (sökostnad).<sup>108</sup> Detta leder till en risk att leverantörer avstår från att söka upp offentliga affärsmöjligheter därför det är för dyrt och omständligt.

#### Juridisk aspekt

Kravet på annonsering är en grundläggande del av principen om öppenhet. Direktivstyrda upphandlingar ska annonseras i TED, en gemensam annonsdatabas

---

<sup>107</sup> NUTEK R2005:21 s. 55, SOU 1999:139 s. 143 och EIM 2004-03-22 s. 64.

<sup>108</sup> SOU 2006:28 s. 254.

inom Europeiska gemenskapen.<sup>109</sup> Upphandlingar som inte omfattas av direktivet ska annonseras i en allmänt tillgänglig databas eller genom "annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens".<sup>110</sup> Vid direktupphandling kan myndigheten vända sig till leverantörer utan krav på annonsering. Till skillnad från flertalet övriga länder inom EU finns ingen nationell databas för upphandling under tröskelvärdet.<sup>111</sup> I Sverige finns ett antal kommersiella aktörer som tillhandahåller marknadsinformation om upphandling.<sup>112</sup>

## 5.2.2 Kostnad för marknadsinformation

### Problembeskrivning

Annonsering sköts av kommersiella aktörer vilket innebär att det medför kostnader för både myndigheter och leverantörer att låta annonsera eller ta del av annonser. Kostnaderna uppges vara höga.<sup>113</sup> Det finns olika affärsmodeller på marknaden, varav vissa tar betalt av myndigheter och andra av leverantörer. I vissa kommersiella databaser är grundläggande information fritt tillgängligt medan att använda effektiva sökmöjligheter är förenat med en kostnad.

### Konsekvens

För leverantör innebär avgifter för annonser ökade sökkostnader. För myndigheter kan höga kostnader för att genomföra annonsering med stor spridning innebära att ett billigare alternativ väljs, trots sämre transparens och med följd att färre potentiella anbudsgivare får vetskap om upphandlingen (annonskostnad).

### Juridisk aspekt

Annonsering av direktivstyrda upphandlingar är kostnadsfritt i annonsdatabasen TED. De övriga nordiska länderna har alla valt en kostnadsfri nationell annonsdatabas för upphandling utanför direktivets område.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Den gemensamma annonsdatabasen för upphandling inom EU, TED (Tenders Electronic Daily), nås på <http://ted.europa.eu>.

<sup>110</sup> LOU 15 kap. 4 resp. 6 §§.

<sup>111</sup> EIM 2004-03-22 s. 65.

<sup>112</sup> Några exempel på aktörer som förmedlar upphandlingsannonser är: <http://annons.mercell.se>, <http://www.allego.se>, <http://www.opic.se>.

<sup>113</sup> SOU 1999:139 s. 301, Prop. 2006/07:128 s. 429.

<sup>114</sup> I Finland HILMA, <http://www.hankintailmoitukset.fi>, i Norge Doffin, <http://www.doffin.no>, och i Danmark Utbudssavisen, <http://www.ubudsavisen.dk>.

### 5.2.3 Vetskap om konkurrenssituationen

#### Problembeskrivning

Överblick eller sammanställning av konkurrenssituationen på olika segment av upphandlingsmarknaden under tröskelvärdena saknas. Av detta följer sämre beslutsunderlag för leverantörer när dessa ska fatta beslut om produktion och marknadsstrategier, exempelvis att aktivt söka upp segment på upphandlingsmarknaden och börjar tävla om offentliga kontrakt. För myndigheter blir det motsvarande svårighet att ha kunskap om särskilda åtgärder behöver vidtas innan upphandling för att tillförsäkra sig om en god konkurrens.

#### Konsekvens

Saknas marknadsinformation i form av överblick över konkurrenstrycket försvagas incitament för en leverantör att uppsöka marknaden med svag konkurrens. Höga kostnader för myndigheter att genomföra marknadsundersökning riskerar att upphandlingar genomförs utan effektiv konkurrens.

#### Juridisk aspekt

Krav på efterannonsering i TED ger statistiskt underlag om bl.a. antalet lämnade anbud men gäller inte för upphandling som inte omfattas av direktivet.<sup>115</sup> Den enda möjlighet som bjuds i Sverige är att utnyttja det faktum att anbud blir offentliga efter det att upphandlingen avslutats. Detta gör en marknadsundersökning möjlig på grundval av offentliga handlingar, om än till höga kostnader.

## 5.3 Förfarande

Avsnittet behandlar problem som rör de olika lagreglerade momenten vid upphandlingsprocessen (utom marknadsinformation, kontrakt och överprövning), d.v.s. tidsfrister, moment i upphandlingen, formalia kring förfarandet som måste iakttas, skriftlighet etc. Att upphandling kan genomföras med låga kostnader i form av tid- och resursåtgång skapar ökade incitament för säljare och köpare att vilja mötas på marknaden. I synnerhet bör möjligheten för innovativa och nystartade företag att kunna etablera sig in på upphandlingsmarknaden uppmärksammas. Höga transaktionskostnader leder till motsatt resultat. Leverantörer väljer att avstå från att tävla om offentliga kontrakt. Myndigheter i sin tur väljer att lösa anskaffning på sätt med låga transaktionskostnader men som samtidigt kan innebära en

---

<sup>115</sup> Undantag är upphandling av B-tjänster som överstiger tröskelvärdena, LOU 15 kap. 21 §, men en sådan efterannonsering måste inte offentliggöras.

konkurrensutsättning som inte är öppen för konkurrens såsom omfattande användning av ramavtal och otillåten direktupphandling.<sup>116</sup>

### 5.3.1 Byråkratisk och formalistisk hantering

#### Problembeskrivning

Att upphandling sker formalistiskt och byråkratiskt synes vara en genomgående uppfattning enligt både leverantörer och myndigheter.<sup>117</sup> Fokus vid upphandling läggs snarare på att en juridisk korrekt upphandling genomförs än att anskaffning av varor eller tjänster sker för verksamhetens behov och med god hushållning med offentliga medel. Det förstärks av det faktum att det finns uttalad oro från myndigheternas sida att upphandlingen ska bli föremål för överprövning. Såväl muntliga som skriftliga källor har gett uttryck för att "jurifieringen" inom offentlig upphandling har ökat de senaste åren och att en lyckad upphandling definieras i form av att det inte blir en domstolsprocess snarare än vilken nytta den får.<sup>118</sup> En risk med ett skriftligt förfarande är att upphandlingen inte fångar upp anbud med alternativa lösningar och ny teknik utan endast får anbud som innehåller det som förfrågningsunderlaget uttryckligen efterfrågar.<sup>119</sup> Konsekvensen att de formella reglerna inte följs till punkt och pricka är att leverantörens anbud kan läggas åt sidan, vilket betyder att mindre formaliafel kan stjälpa ett omfattande anbudsarbete som i materiellt avseende i övrigt är korrekt.

#### Konsekvens

För leverantören leder en upphandling med detaljerade formkrav till ökade förfarandekostnader. Risk för allvarliga konsekvenser i form av att anbudet kan uteslutas även vid mindre formfel ökar kostnaden för att ta fram anbudet (kontrollkostnad). Den verkliga och upplevda komplexiteten i regelverk och den formaliserade affärsprocessen vid upphandling kan medföra att potentiella leverantörer avstår från att tävla om kontrakt med skälet att kostnaden i form av tid och resurser är för hög. Förfarandekostnader uppstår i ännu högre grad för myndigheten när upphandlingen ska genomföras eftersom huvudparten av reglerna riktar sig till de upphandlande myndigheterna. Särskilt upphandling av mindre värden synes genomgående uppfattas som problematiskt och det uttrycks av upphandlare att kostnaden för ett reglerat förfarande för dessa värden inte motsvaras av den nytta som uppstår. Detta kan tyda på att upphandlingar för större värden anses medföra en rimlig proportion mellan upphandlingsspecifika transaktionskostnader å ena

---

<sup>116</sup> En ytterligare effektivitetsförlust kan uppstå om en myndighet väljer att utföra verksamhet i egen regi istället för lösa behovet på upphandlingsmarknaden därför att kostnaden för en marknadsanskaffning är för hög.

<sup>117</sup> ITPS A2004:027 s. 33, SOU 1999:139 s. 201, SOU 2001:31 s. 208, NUTEK R2008:6 s. 27.

<sup>118</sup> NUTEK R2006:21 s. 38.

<sup>119</sup> NUTEK R2008:6 s. 27.

sidan och kontraktsvärdet å andra sidan och upplevs därför inte vara problematiskt.<sup>120</sup> Möjligheten för att upphandling överklagas kan innebära en ökad försiktighet vid upphandling. Detta medför dels att nya former och metoder för upphandling inte vågar prövas, dels att nya aktörer eller innovationer och nytänkande väljs bort till förmån för erfarenhetsmässigt säkra metoder, vilket kan leda till ökade förfarandekostnader respektive verksamhetskostnad.

### Juridisk aspekt

Upphandlingsreglerna ger i huvudsak handlingsföreskrifter för hur upphandlande myndigheter ska genomföra upphandling. Indirekt påverkas dock leverantörer av myndigheternas tillämpning av reglerna. Även om många moment i upphandlingsförfarandet är obligatoriska innehåller lagstiftningen vanligen olika alternativ att välja mellan. Problemen kan därför inte förklaras av reglernas innehåll utan av hur dessa tillämpas.

## 5.3.2 Upphandlingsförfaranden väljs som medför höga kostnader.

### Problembeskrivning

Upphandlingar som lockar många leverantörer att tävla om kontrakt medför att ett stort antal anbud behöver hanteras i upphandling, vilket medför omfattande arbete för att urskilja vinnande anbud.<sup>121</sup>

### Konsekvens

För en leverantör som vet att en upphandling attraherar många anbudsgivare kan en hög anbudskostnad tidigt i upphandlingsprocessen minska incitamentet att lämna ett genomarbetat anbud jämfört med att det sker ett selektivt eller urvalsförfarande där vissa utvalda leverantörer lämnar fullständigt anbud, d.v.s. en upphandlingsform som innebär att anbudskostnaden uppstår senare i processen.<sup>122</sup> För en myndighet innebär en upphandling som inte selekterar anbudsgivare höga utvärderingskostnader när det är fler anbud som ska genomgå en fullständig utvärdering.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Tillgänglig statistik från upphandling över tröskelvärdena visar att antalet anbud ökar med storlek på kontraktet, KKV:s rapport 2007:4 s. 85.

<sup>121</sup> SOU 1999:139 s. 286.

<sup>122</sup> EIM 2004-03-22 s. 96.

<sup>123</sup> Nilson m.fl., Den svåra beställarrollen, s. 65.

## Juridisk aspekt

LOU tillhandahåller ett antal förfaranden för myndigheter att välja mellan vid genomförande av upphandling. Används förfaranden som begränsar antalet anbudsgivare, selektivt förfarande och urvalsförfarande, ställs krav på att det finns ett lägsta antal anbud att utvärdera för att säkerställa att effektiv konkurrens uppnås.<sup>124</sup>

### 5.3.3 Kort tid för att svara på anbud

#### Problembeskrivning

En kort tid för leverantör att utarbeta anbud vid upphandling anges som ett problem av många leverantörer.<sup>125</sup> Svårigheten ökar om anbudsgivaren i sin tur har underleverantörer som behöver tid för att förbereda anbudet.

#### Konsekvens

En kort anbudstid innebär svårighet för leverantören att planera anbudsskrivandet, vilket kan leda till kostnader om anbudsskrivning behöver prioriteras framför någon annan aktivitet (allokeringskostnad). Problemet förstärks om förfrågningsunderlag är av dålig kvalitet som skapar ett mer tidskrävande anbudsarbete. Finns inte rimlig tid för leverantörer att utarbeta anbud försvåras förutsättningar medverka i anbudstävlan, vilket kan leda till färre anbud och en upphandling med sämre konkurrens.

#### Juridisk aspekt

Minimitider är noga angivet för sådana upphandlingar som är direktivstyrda. Syftet med minimitiderna är att det ska kunna ges praktiska möjligheter för leverantörer att kunna medverka vid upphandling. För den icke direktstyrda upphandlingen ska anbudstiden vid förenklat förfarande vara skälig och vid urvalsförfarande ska tiden för anbudsansökan vara minst ska vara tio dagar från annonsering.<sup>126</sup> Direktupphandling har ingen reglerad tidsfrist.

---

<sup>124</sup> LOU 2 kap. 16 § och 15 kap. 6 §.

<sup>125</sup> NUTEK R2005:21 s. 44 och EIM 2004-03-22 s. 94.

<sup>126</sup> LOU 15 kap. 9 §.

### 5.3.4 Anbud med lång avtalsmässig giltighet

#### Problembeskrivning

Vid upphandling är det vanligt att det ställs krav på att anbud ska lämnas med lång avtalsrättslig bundenhet, eftersom upphandling kan vara en utdragen process.<sup>127</sup> Den utdragna processen kan förklaras av att utvärderingen kan ta lång tid samt att det alltid finns en risk att tilldelningsbeslutet överprövas till följd att det kan dröja lång tid innan det slutligen fastställs vilket anbud som är det vinnande.

#### Konsekvens

En lång bundenhet leder till att leverantörer får svårt att planera verksamheten och att resurser kan behövas bindas upp för att uppfylla åtagandet i anbudet. Den ökade risken för leverantören medför högre pris på varan eller tjänsten.<sup>128</sup> Problemet ökar i takt med antalet upphandlingar som blir föremål för utdragna domstolsprocesser. För den upphandlande myndigheten är alternativet att låta tilldelningsbeslutet bli ett avslag på övriga anbud inte lyckat eftersom det kan omöjliggöra att upphandlingar kan rättas utan genomförande av ett nytt upphandlingsförfarande (som i sin tur skulle medföra ökade förfarandekostnader).<sup>129</sup> Generellt sett medför långa tidsperioder innan upphandlingar kan avslutas ökade transaktionskostnader för både leverantör och myndighet. Därtill kan det uppstå olägenheter för verksamheten ju längre tid som går innan nyttigheten anskaffas. När upphandling drar ut på tiden uppstår kostnad för verksamheten när behovet behöver tillgodoses på annat sätt.

#### Juridisk aspekt

LOU innehåller en bestämmelse om anbuds giltighet inte påverkas av meddelande om tilldelningsbeslut.<sup>130</sup> Enligt civilrättsliga regler kan en anbudsgivare bli skadeståndsskyldig om denne inte står för innehållet av ett lämnat anbud inom dess giltighetstid.

## 5.4 Kontrakt

Avsnittet behandlar problem som hänförs till kontraktsmässiga krav och villkor i upphandling och hur dessa ska uppvisas i upphandlingen. Vid upphandling är, som vid många andra kontrakt, avtalsmekanismen med moment som att ta fram förfrågningsunderlag, svara på anbud, utvärdering och förhandling den mest resurskrävande delen vid en affärstransaktion. Detta blir vanligtvis större ju mer komplext upphandlingsföremålet är. Den största potentialen till sänkning av

<sup>127</sup> NUTEK R2005:21 s. 45, Prop. 2006/07:128 s. 380.

<sup>128</sup> Prop. 2006/07:128 s. 380.

<sup>129</sup> Prop. 2006/07:128 s. 381.

<sup>130</sup> LOU 15 kap 19 §.

transaktionskostnader och förbättring av upphandlingsmarknadens funktion finns därför sannolikt på detta åtgärdsområde. Utformning av kontrakt har även en direkt betydelse för kostnader i samband med övervakning eftersom kontrakt-relaterade frågor är den vanligaste grunden för överprövning. Kontraktets utformning är även helt avgörande för att verksamheten får de nyttigheter som efterfrågas.

### 5.4.1 Omfattande förfrågningsunderlag

#### Problembeskrivning

Att förfrågningsunderlag vid upphandling många gånger är komplicerade, omfattande och svåröverskådliga är en generell synpunkt.<sup>131</sup> Vad gäller omfattande förfrågningsunderlag kan varje krav i sig vara välmotiverat men den totala kravbilden samt den dokumentation som behöver lämnas av leverantören gör att anbudet som helhet blir alltför omfattande. Även om de upphandlande myndigheterna många gånger upphandlar likadana varor och tjänster är förfrågningsunderlagen ofta unika med en egen disposition, definitioner och formulering av krav och frågor.<sup>132</sup> Anledningen till att anbudsunderlag är omfattande och svåröverskådliga är flera. En upphandlande myndighet kan använda en grundmall med gemensamma krav som varefter utökas med nya krav som är relevanta för särskilda upphandlingar. Med tiden har dock grundmallen vuxit till att innehålla en komplex uppsättning med krav som används utan urskiljning eller anpassning.<sup>133</sup> En annan orsak som nämns att oron för att upphandling ska överprövas medför att förfrågningsunderlag blir överarbetat och beställaren räds dialog med leverantörer.<sup>134</sup> Otillräcklig kompetens kan vara en viktig orsak till dåligt utformade förfrågningsunderlag.<sup>135</sup>

#### Konsekvens

För leverantören medför omfattande och svåröverskådliga förfrågningsunderlag höga kostnader för att utforma anbud (anbudskostnad). Att varje förfrågningsunderlag är unikt utformat kräver arbete från leverantörens sida för att omarbeta tidigare dokument och formulera nya svar. Kostnader och tidsåtgång för leverantörer att ta fram anbudet anges som ett av de största hindren mot att delta i offentlig upphandling.<sup>136</sup> Höga krav och omfattande dokumentation efterfrågas innebär i sig trösklar, vilket gör att större och etablerade företag t.o.m. kan anse att det

---

<sup>131</sup> SOU 1999:139 s. 164, EIM 2004-03-22 s. 94, NUTEK R2005:21 s. 7 och NUTEK R2008:6 s. 25.

<sup>132</sup> Vitt skiftande förfrågningsunderlag är inte endast ett problem mellan skilda myndigheter utan kan t.o.m. uppstå inom samma kommun då olika slags förfrågningsunderlag för upphandling av samma slags tjänst används i kommunens olika stadsdelar, SOU 1999:139 s. 163.

<sup>133</sup> NUTEK R2005:21 s. 47, NUTEK R2008:6 s. 18.

<sup>134</sup> NUTEK R2006:21 s. 38.

<sup>135</sup> SOU 1999:139 s. 165.

<sup>136</sup> ITPS A2004:027 s. 33, NUTEK R2005:21 s. 41 NUTEK R2008:6 s. 18.



är en fördel med omfattande dokumentation.<sup>137</sup> För myndigheter innebär ju fler krav som ska utvärderas och kontrolleras desto högre utvärderingskostnad.<sup>138</sup> Kostnader för att ta fram kontraktsunderlag är oundvikligt vid alla affärstransaktioner och blir naturligen större desto mer komplext föremål som ska anskaffas. I den utsträckning som kontraktskostnader bedöms vara större vid upphandling än för andra marknader kan det försämra incitamentet att delta vid upphandling. Sannolikt är väl utformade förfrågningsunderlag den enskilt viktigaste omständligheten för en effektiv upphandlingstransaktion.

#### Juridisk aspekt

Förfrågningsunderlag får inte enligt proportionalitetsprincipen vara mer omfattande än vad som är nödvändigt med hänsyn till upphandlingsföremålet. Enligt rättspraxis finns även krav på att ställda villkor vid upphandling ska kunna kontrolleras av den upphandlande myndigheten.<sup>139</sup>

### 5.4.2 Bristfälliga förfrågningsunderlag

#### Problembeskrivning

Bristfälligt utformade förfrågningsunderlag framstår som en viktig orsak till att företag upplever offentlig upphandling som problematisk.<sup>140</sup> Dåligt utformade förfrågningsunderlag innebär att leverantörerna får svårighet att förstå vad som efterfrågas och därmed kan inte ett korrekt anbud formuleras.<sup>141</sup> Förfrågningsunderlag som sådana är den största orsaken till att upphandling överprövas.<sup>142</sup> Med bristfälligt utformade förfrågningsunderlag avses slarv och brister samt irrelevanta, felaktiga och motsägande kontraktsvillkor, krav och utvärderingskriterier. Anledningen till bristfälligt utformade förfrågningsunderlag kan bero på flera orsaker; komplicerade regler, tidsbrist, bristande förberedelsearbete, förlagor och mallar från tidigare upphandling används utan att anpassas till en aktuell upphandling samt otillräcklig beställarkompetens.<sup>143</sup>

#### Konsekvens

Leverantörer behöver mer tid för att ställa klagörande frågor och ta fram anbud (anbudskostnad). Risken ökar för oklarheter som i sin tur riskerar att generera fler överprövningar (processkostnader). För myndigheter medför bristfälliga förfrågningsunderlag att anbudet blir av sämre kvalitet vilket försvårar utvärderingen

<sup>137</sup> NUTEK R2008:6 s. 18.

<sup>138</sup> NUTEK R2005:21 s. 43.

<sup>139</sup> EG-domstolen C-448/01.

<sup>140</sup> NUTEK R2005:21 s. 7, SOU 1999:139 s. 164 och EIM 2004-03-22 s. 94.

<sup>141</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 12

<sup>142</sup> SOU 1999:139 s. 160.

<sup>143</sup> SOU 1999:139 s. 165, ITPS A2004:027 s. 40, NUTEK R2005:21 s. 7.

samt ger upphov till merarbete i form av klagande frågor. Ökad risk för missförstånd från leverantörernas sida kan leda till flera överprövningar som hade kunnat undvikas med ett bättre underlag.<sup>144</sup> Dåligt utformade förfrågningsunderlag skapar slutligen risk för verksamhetskostnader när varor och tjänster anskaffas som inte motsvarar behov. Dålig kvalitet på kontraktsunderlag försämrar prismekanismen eftersom leverantörens prissättning baseras på bristfällig information vilket omöjliggör en korrekt anbudsutvärdering. Dåligt utformade förfrågningsunderlag kan i och med det sägas vara konkurrensbegränsande eftersom osäkerheten ökar för leverantörerna. Att spara pengar på att inte ta fram ett genomarbetat förfrågningsunderlag kan skapa istället skapa ännu större kostnader senare i upphandlingsprocessen.

#### Juridisk aspekt

Förfrågningsunderlag ska vara tillräckligt klart och tydligt utformat så att en leverantör ska kunna förstå vad myndigheten efterfrågar och hur det vinnande anbud kommer att urskiljas.<sup>145</sup> Underlaget måste uppnå till en tillräcklig precision och vara objektivt och inte lämna något utrymme för skönsmässighet hos beställaren.

### 5.4.3 Formella uppgifter

#### Problembeskrivning

Vid upphandling krävs vanligen att leverantören ska lämna ett antal formella uppgifter om företaget från offentliga register såsom registreringsbevis, F-skattesedel, intyg om att skatter och sociala avgifter är betalda, att företaget inte är i (eller ansökan om) konkurs, tvångsförvaltning, ackord, m.m. Lämnandet av sådana uppgifter uppges som tyngande för leverantörer, särskilt för små och medelstora företag.<sup>146</sup> Konsekvenser av att inte uppfylla de formella kraven är allvarliga eftersom det kan innebära att myndigheten lägger anbudet åt sidan vid utvärderingen.<sup>147</sup> Det finns rättsfall som visar på problematiken med SKV 4820 (den blankett som används för att begära utdrag från Skatteverket) där upphandlare ansett sig vara skyldiga att utesluta en anbudsgivare som inte skickat in efterfrågade uppgifter.<sup>148</sup> För företag som är vana med offentlig upphandling är uppfyllande av formella krav rutiner som relativt enkelt kan hållas. Troligen är dessa krav mer problematiska för mindre företag och företag som är ovana med offentlig upphandling.

---

<sup>144</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 60.

<sup>145</sup> RÅ 2002 ref 50.

<sup>146</sup> EIM 2004-03-22 s. 94 och KKV:s rapport 2007:3 s. 89.

<sup>147</sup> NUTEK R2005:21 s. 52.

<sup>148</sup> Anbudsjournalen nr. 31-33 2008.

## Konsekvens

För leverantörer innebär de formella kraven kostnader att inhämta informationen (formaliakostnad). Risk för allvarlig konsekvens i form av att anbudet läggs åt sidan om formalian inte är uppfylld leder till ökad granskning av anbudet (kontrollkostnad). Kravet på formella krav är utmärkande för upphandling. Därför kan det finnas skäl att förenkla denna del av upphandlingsprocessen för att minska inträdeshindret och underlätta för leverantörer att medverka.

## Juridisk aspekt

Med formella krav avses i princip sådana som utgör grund för uteslutning enligt LOU 10 kap samt krav på registreringsavgifter. Syftet med de formella kraven är utesluta oseriösa företag som deltar i upphandling eftersom dessa kan ha kostnads- mässiga fördelar av att inte fullgöra skatter, avgifter eller övriga åligganden till det allmänna vilket skapar en otillbörlig konkurrensfördel och som skadar förtroendet för upphandlingsmarknaden.<sup>149</sup> Det är inte obligatoriskt för myndigheter att ställa krav på formella uppgifter men det hör till det normala att sådana krav ställs. Det finns inga krav på att en beställare behöver begära komplettering från leverantör om efterfrågade formella uppgifter inte är uppfyllda. För vissa allvarliga brister på leverantören som grov ekonomisk brottslighet är det dock obligatoriskt för myndigheter att utesluta en sådan leverantör.<sup>150</sup> Även om det är möjligt att beställaren kan kräva att anbudssökanden visar registrering i aktie- och handelsbolagsregister innebär inte detta att andra bolags- och organisationsformer får missgynnas.<sup>151</sup>

### 5.4.4 Höga leverantörskrav

#### Problembeskrivning

Hög kravnivå på leverantörens ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet är problematiskt.<sup>152</sup> I en europeisk undersökning framstår höga leverantörskrav vara ett större problem i Sverige än för andra länder.<sup>153</sup> Höga krav kan i vissa fall uppfattas som konkurrensbegränsande och syftande till att gynna etablerade eller stora företag som har en god marknadsposition.<sup>154</sup> Specifikt för ekonomiska leverantörskrav anges att krav på bankgarantier medför kostnader för leverantörer som innebär att dessa kan avstå från att lämna anbud.<sup>155</sup> Skälet till detta kan vara

---

<sup>149</sup> SOU 1999:139 s. 218.

<sup>150</sup> LOU 10 kap. 1 §.

<sup>151</sup> LOU 1 kap. 10 §.

<sup>152</sup> NUTEK R2005:21 s. 12 och 47 samt Kommissionen, Small Business Act for Europe s. 8.

<sup>153</sup> EIM 2004-03-22 s. 115.

<sup>154</sup> NUTEK R2008:6 s. 19.

<sup>155</sup> NUTEK R2008:6 s. 17 och Kommissionen, European code of Best practices s. 15.

slentrianmässighet som gör att förfrågningsunderlag återanvänds eller att olämpliga mallar används.<sup>156</sup>

### Konsekvens

Ju högre leverantörskrav desto större blir etableringshindret för leverantör att delta i upphandling. Proportionella leverantörskrav anges ha en nyckelbetydelse för att underlätta för små och medelstora företag att delta.<sup>157</sup> Alltför höga leverantörskrav utesluter lämpliga aktörer och minskar därmed konkurrensen. För låga krav å andra sidan tillåter olämpliga aktörer tävla om kontrakt med ökad risk för att offentligt kontrakt tilldelas en leverantör som inte kan fullgöra kontrakt p.g.a. dålig ekonomi eller bristande tekniska förutsättningar. Omfattningen av att leverantörer vid offentliga kontrakt inte kan fullfölja sina avtalsmässiga förpliktelser p.g.a. insolvens och liknande är inte känt, men undersökningar i andra länder ger att detta kan vara ett stort problem.<sup>158</sup>

### Juridisk aspekt

Syftet med leverantörskrav är att säkerställa att leverantören har tillräcklig teknisk förmåga, yrkesmässig erfarenhet och ekonomisk styrka för att genomföra det offentliga kontraktet. LOU innehåller inga regler om vilken specifik kravnivå avseende som ska ställas, däremot finns det detaljerade bestämmelser om vilka bevis och intyg som får krävas.<sup>159</sup> Den lägstanivå som ska sättas för leverantörens kapacitet ska stå i proportion till upphandlingsföremålet.<sup>160</sup> Med LOU reglerades möjligheten att leverantören kan åberopa andra företags kapacitet vid upphandling.<sup>161</sup> Det innebär att en leverantör kan uppfylla krav genom att visa att efterfrågade resurser som innehas av annat företag kommer att kunna förfogas över vid fullgörande av det offentliga kontraktet. Utvärdering vid upphandling sker i två skilda faser, först sker kvalificering av leverantör och därefter prövning av själva anbudet. Dessa faser får inte sammanblandas och leverantörskraven får därmed inte användas för att urskilja det bästa anbudet.<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> NUTEK R2008:6 s. 18.

<sup>157</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 13.

<sup>158</sup> Piga/Thai (ed), The Economics of Public Procurement, 2007, s. 11.

<sup>159</sup> LOU 11 kap. Enligt EG-domstolens mål C-27/86 är den listan över bevis på ekonomisk ställning som anges i direktivet inte uttömmande.

<sup>160</sup> LOU 11 kap. 2 §.

<sup>161</sup> LOU 11 kap. 12 §.

<sup>162</sup> EG-domstolen C-31/87.

### 5.4.5 Krav på kvalitetsledningssystem

#### Problembeskrivning

Kvalitetsledningssystem är ett sätt för beställaren att försäkra sig om att leverantören kan motsvara kravet på utförande. Ett kvalitetsledningssystem innebär att kvalitetspåverkande aktiviteter i en organisation dokumenteras och att rutiner för kvalitetsarbetet tas fram, men det anger inte något om kvalitén på produkten eller tjänsten som sådan. Krav på att leverantör har ett kvalitetsledningssystem anges som ett hinder att delta i upphandlingar, i synnerhet för små och medelstora företag.<sup>163</sup>

#### Konsekvens

Leverantör får ökade kostnader för att genomföra, vidmakthålla och certifiera system för kvalitetsledning (certifieringskostnad). Det finns även positiva ekonomiska konsekvenser att leverantören införskaffar kvalitetsledningssystem i form av bättre kvalitet i verksamheten och ökat förtroende för leverantörer vid andra affärssituationer.

#### Juridisk aspekt

Att ställa krav på kvalitetsledningssystem är frivillig men om det sker finns bestämmelser i LOU hur detta ska ske. Generella standarder ska efterfrågas och likvärdiga kvalitetssystem måste godkännas.<sup>164</sup>

### 5.4.6 Samhällsnyttiga krav

#### Problembeskrivning

Att det ställs samhällsnyttiga krav vid upphandling kan vara ett problem för leverantörer.<sup>165</sup> Med samhällsnyttiga leverantörskrav avses krav och villkor som rör hållbar utveckling; etiska, sociala och arbetsmiljömässiga förhållanden, jämställdhet, diskriminering p.g.a. kön, ursprung, sexuell läggning, funktionshinder m.m. samt miljöaspekter.

#### Konsekvens

Samhällsrelaterade krav kan medföra kostnader för leverantör att uppfylla och visa. Kostnaden kan även ses som en investering som skapar konkurrensfördelar som möjliggör ökad försäljning i andra sammanhang. För myndigheter uppstår ökade kostnader för att kontrollera och följa upp de samhällsrelaterade krav som

<sup>163</sup> NUTEK R2005:21 s. 41, SOU 1999:139 s. 169 och NUTEK R2006:21 s. 70.

<sup>164</sup> LOU 11 kap. 14 §.

<sup>165</sup> ITPS A2004:027 s. 40, SOU 1999:139 s. 169, SOU 2006:28 s. 370, SOU 2006:28 s. 462.

ställs vid upphandling.<sup>166</sup> Det kan vidare finnas behov av särskild kompetens för att bedöma dessa krav som en myndighet själv kan ha svårt att förfoga över. Kostnader för utvärdering ökar ju fler krav som ställs (utvärderingskostnad). Ekonomiska beräkningar (som dock är ifrågasatta) visar på kostnader för att använda samhällsnyttiga krav på 4-6 miljarder kr årligen.<sup>167</sup>

### Juridisk aspekt

Att ställa samhällsnyttiga krav i samband med upphandling är tillåtet om de är kopplade till kontraktsföremålet och är i överensstämmelse fördraget och upphandlingsprinciperna.<sup>168</sup> LOU innehåller flera lagrum som anger närmare förutsättningar för att ställa samhällsrelaterade krav. Generellt sett måste man skilja på krav som rör leverantören respektive kontraktsföremålet. Det finns stora möjligheter att ställa objektiva krav på kontraktsföremålets egenskaper eller funktion (i viss utsträckning även tillverkningsprocesser) samt leverantörskrav som är kopplade till kontraktsföremålet. Många samhällsnyttiga krav är föremål för lagstiftning och därför kan dessa krav antingen avse att befintliga regler ska efterlevas eller så ställs högre krav vid upphandlingen än vad som ges av lagstiftning.

## 5.4.7 Storlek och tidslängd på kontrakt

### Problembeskrivning

Stora kontrakt innebär ett hinder för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling då dessa saknar kapacitet att leverera de volymer som efterfrågas.<sup>169</sup> Att upphandling sker av stora kontrakt synes vara mer vanligt i Sverige än andra europeiska länder.<sup>170</sup> Samtidigt efterfrågar företag färre men större upphandlingar för att kostnaderna ska bli lägre.<sup>171</sup>

### Konsekvens

Stora kontrakt innebär att små och medelstora företag kan ha problem att lämna anbud men innebär samtidigt möjlighet till expansion för dessa företag. Om färre men större kontrakt upphandlas innebär det en lägre förfarandekostnad för myndigheter. På längre sikt kan det dock leda till en marknadskoncentration bland aktörer på marknaden, vilket kan försämra konkurrensen.

---

<sup>166</sup> SOU 1999:139 s. 218.

<sup>167</sup> SOU 2001:31 s. 381.

<sup>168</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG beaktandesats 1.

<sup>169</sup> ITPS A2004:027 s. 31, NUTEK R2005:21 s. 31, SOU 1999:139 s. 142, EIM 2004-03-22 s. 79 NUTEK R2006:21 s. 39 och Kommissionen, European code of Best practices s. 5.

<sup>170</sup> ITPS A2004:027 s. 28.

<sup>171</sup> NUTEK R2008:6 s. 18.

## Juridisk aspekt

Upphandlingsreglerna säger inget särskilt om storlek på de offentliga kontrakt som upphandlas utom att offentliga kontrakt inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.<sup>172</sup> Vid statlig inköpssamordning anges att små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingarna ska beaktas, vilket ofta tolkas som att ramavtal ska delas upp på flera områden för att möjliggöra att andra än de större företagen ska kunna tilldelas ramavtal.<sup>173</sup>

## 5.5 Övervakning

Avsnittet rör utformning av övervakning och kontroll av offentlig upphandling, vilket innebär frågor om överprövning och tillsyn för att säkerställa att reglerna följs. Att förtroende finns för upphandling och att spelregler följs, information är korrekt och överenskommelser hålls är en förutsättning för att leverantörer ska vilja lägga ned tid och resurser på att lämna anbud. Misstanke om att upphandling inte sker riktigt medför på olika sätt ökade kostnader för både leverantörer och upphandlande myndigheter. Därför måste det finnas effektiva funktioner för att upprätthålla regelefterlevnad och tillsyn. Utformningen av övervakningsfunktionen medför dock flera uppmärksammade problem t.ex. att det förekommer många överprövningar, att domstolshandläggningen tar lång tid och att tillsynsfunktionen över offentlig upphandling är otillräcklig. Utformningen av övervakningen för upphandlingsmarknaden genererar transaktionskostnader som kan ha en negativ inverkan på marknadsfunktionen och som kan bidra till att leverantörer avstår från att verka på upphandlingsmarknaden i den utsträckning som är önskvärd.

### 5.5.1 Upphandlingsreglerna följs inte

#### Problembeskrivning

Att reglerna inte följs vid offentlig upphandling är ett allvarligt problem som underminerar tilltron till att leverantörer kan tävla på lika villkor.<sup>174</sup> En undersökning har visat att endast vid knappt hälften av upphandlingar följs reglerna fullt ut.<sup>175</sup> Leverantörer har en misstro mot integritet och kunskap hos de tjänstemän som arbetar med offentlig upphandling.<sup>176</sup> Den kanske allvarligaste formen av regelöverträdelse är otillåten direktupphandling, d.v.s. när en beställare tar kontakt med leverantörer och sluter kontrakt utan att upphandlingsbestämmelserna iaktas alls. Orsaken till reglerna om upphandling överträds kan vara många. Det kan vara

---

<sup>172</sup> LOU 3 kap. 5 §.

<sup>173</sup> Förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning 2 §.

<sup>174</sup> ITPS A2004:027 s. 10.

<sup>175</sup> SOU 1999:139 s. 131.

<sup>176</sup> NUTEK R2005:21 s. 51.

en följd av alltför komplexa regler, av bristande kompetens, bristande planering, höga transaktionskostnader m.m.<sup>177</sup> Otillåten direktupphandling synes på sina håll kommit att bli en ett sätt att kortsiktigt "förenkla" arbetet med anskaffningar av varor och tjänster.<sup>178</sup>

### Konsekvens

Misstankar om felaktigheter leder till att leverantören lägger mer tid och resurser för att bevaka upphandlingen. Ett stort antal felaktiga upphandlingar leder till fler domstolsprocesser. Bristande regelefterlevnad kan medföra sänkta transaktionskostnader för myndigheten (vilket många gånger kan vara en anledning till att göra medvetna regelöverträdelser) men ökar sannolikheten för processer. För att de mål och syften som ligger bakom reglerna för offentlig upphandling ska uppfyllas krävs att regelverket följs.<sup>179</sup> En misstro mot att upphandling inte sker korrekt är allvarligt eftersom det försämrar förtroendet för upphandling som kan leda till att färre anbud lämnas och försämrad konkurrens, oavsett om det finns grund för misstanken eller ej.<sup>180</sup> Problemet med bristande regelefterlevnad ökar med ett komplex och omfattande regelverk samt rättsosäkerhet.

### Juridisk aspekt

För att garantera efterlevnaden av upphandlingsreglerna måste snabba och effektiva rättsmedel finnas i händelse av överträdelse.<sup>181</sup> Med gällande regler är det endast leverantörer som har talerätt vid upphandling, vilket innebär att även den allmänpreventiva vården av upphandlingsmarknaden vilar hos dessa.<sup>182</sup> Nuvarande sanktionssystem baseras således på aktivitet från leverantörer. Vid LOU:s tillkomst ansågs överprövning och skadestånd vara tillräckligt avskräckande för de upphandlande myndigheterna för att regelverket skulle följas.<sup>183</sup> Otillåten direktupphandling eller förlängning av kontrakt utan upphandling svåra att komma åt av det enkla skälet att det är svårt att få vetskap om regelöverträdelser. I teorin löper en evig möjlighet till överprövning och skadestånd eftersom meddelande om tilldelningsbeslut inte skickas.<sup>184</sup> I praktiken är risken för domstolsprövning liten då det, förutom hos de inblandade kontraktspartnerna, saknas vetskap om anskaffningen.

---

<sup>177</sup> SOU 1999:139 s. 201.

<sup>178</sup> SOU 1999:139 s. 326.

<sup>179</sup> NUTEK R2005:21 s. 15.

<sup>180</sup> Att regler inte följs av myndigheter är allvarligt eftersom det riskerar att urholka förtroende för rättssamhället som sådant.

<sup>181</sup> Direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

<sup>182</sup> LOU 16 kap. 1 och 5 §§.

<sup>183</sup> SOU 1999:139 s. 326.

<sup>184</sup> EG-domstolen C-26/03 och RÅ 2005 ref 10.



## 5.5.2 Utvärdering avviker från förfrågningsunderlag

### Problembeskrivning

Att beställare vid utvärdering av anbud avviker från de krav som uppställs i förfrågningsunderlag genom att tillmäta nya omständigheter betydelse eller att utvärderingskriterierna inte framgår klart är en frekvent förekommande regelöverträdelse vid offentlig upphandling.<sup>185</sup> Problemet kan bero på flera orsaker men en anledning kan vara att det inte skett en tillräcklig marknadsundersökning eller utredning av verksamhetens behov före upphandlingen med följd att förfrågningsunderlag utformas mindre lämpligt utifrån de varor och tjänster som erbjuds på marknaden. När anbuden utvärderas framkommer att förfrågningsunderlag är mindre lämpligt utformat.

### Konsekvens

Kontroll- och processkostnaderna ökar för leverantörer ifall det finns risk att beställaren inte följer de utvärderingskriterier som är uppställda. Ökade prövningskostnader i den utsträckning som leverantör väljer att driva talan i domstol. Beror avsteg från utvärderingskriterierna på ett dåligt utformat förfrågningsunderlag kan verksamhetskostnaderna bli lägre.

### Juridisk aspekt

LOU ger myndigheter stor frihet att själva bestämma vilka kriterier och hur dessa ska viktas när ett kontrakt ska tilldelas men den i förfrågningsunderlaget redovisade utvärderingsmodellen får inte ändras.<sup>186</sup> Ett syfte till varför upphandlande myndigheter förpliktar sig att följa förfrågningsunderlag är skapa ökade incitament för leverantör att vara en "honest broker", d.v.s. att lämna fullständiga och de bästa villkoren i sitt anbud från början.<sup>187</sup> Upprätthålls inte detta minskar förutsättningar för att anbud lämnas i framtiden. Enligt principen om förutsebarhet måste en leverantör kunna förutse hur anbuden ska utvärderas så att denne kan utforma ett vinnande anbud. Att tillmäta andra omständigheter än de som uttrycks i förfrågningsunderlag betydelse innebär att leverantörer kan ha valt att avstå från att lämna anbud eller utforma anbud på felaktiga grunder.<sup>188</sup> Det är ovanligt att domstolen vid överprövning ifrågasätter de materiella värderingar som de upphandlande myndigheterna gjort utan ser i huvudsak endast till de formella omständigheterna.<sup>189</sup>

<sup>185</sup> ITPS A2004:027 s. 37 och SOU 1999:139 s. 171.

<sup>186</sup> LOU 12 kap. 1-2 §§ och 15 kap. 16 §.

<sup>187</sup> Den s.k. commitment theory, Trepte, Regulating procurement, s. 94.

<sup>188</sup> EG-domstolen C-331/04.

<sup>189</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 70.

### 5.5.3 Stort antal överprövningsärenden

#### Problembeskrivning

Ett stort antal offentliga upphandlingar leder till domstolsprövning. Efter införandet av 10-dagarsfristen har antalet processer på upphandlingsområdet ökat markant, under år 2000 kom 108 mål om överprövning in till länsrätterna och motsvarande siffra för år 2005 är 1 280.<sup>190</sup> Överprövningar förlänger upphandlingsprocessen och leder till olika former av kostnader för upphandlande myndigheter och leverantörer.<sup>191</sup> Att oron är betydande för att upphandlingar ska bli föremål för överprövning framgår av flera av de muntliga källorna. Ur ett tjänstemannaperspektiv kan det förhålla sig så att en överprövning ses som ett ifrågasättande av den professionella kompetensen som är mer synlig och klandervärd än om exempelvis anskaffningen inneburit en dålig användning av offentliga medel eller att en upphandling genomförts på ett sätt som medfört en dålig konkurrens. Jämfört med andra affärstransaktioner har upphandling sannolikt en hög processintensitet.<sup>192</sup> Processbenägenheten på upphandlingsområdet kan även förklaras av den komplicerade och detaljrika materiella lagstiftningen på området.<sup>193</sup> Det finns skäl att anta att oron för överprövning hos upphandlande myndigheter medför starka incitament att undvika former för anskaffning som riskerar att kunna överprövas.

#### Konsekvens

Den klagande leverantören får processkostnader. Den leverantör som tilldelats kontraktet och övriga leverantörer som lämnat avtalsrättsligt bindande anbud får allokeringsskostnader då osäkerhet uppstår om vem som blir kontraktspart och när leverans av kontraktsföremålet ska ske. Blir följden av en överprövning att upphandling ska göras om eller rättas uppstår kostnader för ett nytt förfarande. Leder en upphandling till överprövning uppstår processkostnad och dröjsmålskostnad. Vinner den klagande leverantör framgång uppstår kostnaden för ett nytt eller rättat upphandlingsförfarande. Kostnader uppstår när verksamhetens behov behöver tillgodoses på annat sätt.<sup>194</sup> Rädsla för överprövning i kombination med komplexa regler gör att upphandlande myndigheter kan välja att riskeliminera upphandling genom att betona pris och traditionella lösningar, vilket kan missgynna små och medelstora företag och innovationer och ge fördelar till etablerade leverantörer och befintliga tekniska lösningar.<sup>195</sup>

---

<sup>190</sup> SOU 2006:28 s. 287.

<sup>191</sup> Prop. 2006/07:128 s. 279, SOU 2006:28 s. 278, NUTEK R2006:21 s. 38.

<sup>192</sup> Om beräkning utgår från att 20 000 annonserade upphandling leder till 1 500 överprövningar innebär det att 7,5 % av den öppna upphandlingen slutar med domstolsprövning. Kalkylen kan ifrågasättas men ger en indikation av omfattningen.

<sup>193</sup> SOU 2006:28 s. 278.

<sup>194</sup> SOU 2006:28 s. 278.

<sup>195</sup> NUTEK R2006:21 s. 13.

## Juridisk aspekt

Effektiva och skyndsamma prövningsmöjligheter vid offentlig upphandling ska finnas för att säkerställa efterlevnaden av förfarandereglerna.<sup>196</sup> Ett avgörande i EG-domstolen fastslog en skyldighet för medlemsstaterna att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket uteslutna anbudsgivare kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslut även sedan kontraktet har tecknats.<sup>197</sup> Detta ledde till en lagändring med innehållet att det finns en frist om 10-dagar efter det att tilldelningsbeslut meddelas inom vilket det är möjligt att väcka talan om överprövning i länsrätt. Reglerna om överprövning de desamma för både upphandlingar inom som utom direktivets tillämpningsområde. Kostnader i samband med överprövning bärs av respektive part.

### 5.5.4 Lång handläggningstid vid överprövning

#### Problembeskrivning

Många gånger är det lång handläggningstid på domstolar för upphandlingsmål. Den genomsnittliga tiden för avgörande varierar mellan domstolar från 15 dagar upp till 120 dagar.<sup>198</sup>

#### Konsekvens

Lång tid av osäkerhet om vem som blir kontraktspart leder sannolikt till ökade transaktionskostnader för samtliga anbudsgivare som deltar i den upphandling som är föremål för överprövning. För myndigheten uppstår kostnader när verksamheten inte får de varor och tjänster som behövs (verksamhetskostnader).

## Juridisk aspekt

Överprövningsmål är s.k. e-mål och innebär att en lagfaren domare är ensam behörig att fatta beslut, vilket är motiverat av att målet ska kunna avgöras skyndsamt.<sup>199</sup> Bestämmelsen om tiodagarsfristen ger i många fall domstolen alltför kort tid att ta ställning till överprövning och därför fattar domstolen ofta ett interemistiskt beslut.

---

<sup>196</sup> Direktiv 2007/66/EG beaktadesats 1.

<sup>197</sup> EG-domstolen C-81/98.

<sup>198</sup> Anbudsjournalen nr. 4 2008.

<sup>199</sup> Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar 18 §.

### 5.5.5 Komplicerad tvistlösning

#### Problembeskrivning

Nuvarande tvistlösning vid förvaltningsdomstol anges av en stor del av leverantörer som alltför dyr och omständlig.<sup>200</sup>

#### Konsekvens

Komplexa tvisteförfarande kan antas leda till högre processkostnad och möjligen längre handläggningstid.

#### Juridisk aspekt

Rättsmedelsdirektiven anger att medlemsstaterna ska ha behöriga prövningsorgan och, ifall dessa inte är domstolar, uppställs vissa krav för att tillförsäkra deras oberoende, kompetens och effektiva verkställighet.<sup>201</sup> I Sverige sker talan om överprövning i förvaltningsdomstolar och talan om skadestånd hanteras av allmänna domstolar.

## 5.6 Kompetens, statistik och kunskap

Avsnittet rör frågor om kompetens, kunskap och statistik för offentlig upphandling. En omständighet av fundamental betydelse för en väl fungerande upphandling är en hög kompetens hos beställaren. Kunskap och statistik är nödvändigt för att kunna utvärdera och förbättra upphandling.

### 5.6.1 Bristande kompetens och kvalitetsarbete

#### Problembeskrivning

En väl fungerande upphandling förutsätter att den kan genomföras med hög kompetens. Bristande kunskap och kvalitetsarbete framstår som en av viktigaste orsakerna till många av de problem som finns vid offentlig upphandling.<sup>202</sup> Behov av kompetens gäller framförallt beställare, men även leverantörer, och omfattar inte endast upphandlingsrättslig kompetens utan även kommersiell och verksamhetsmässig. Fr.o.m. 2009 har Kammarkollegiet fått uppdrag av regeringen att utveckla och förvalta ett nationellt upphandlingsstöd som ska erbjuda praktiska hjälpmedel och funktioner för att underlätta för både leverantörer och myndigheter.<sup>203</sup> Annars är den organisatoriska stödstrukturen splittrad på flera olika myndigheter som har

---

<sup>200</sup> NUTEK R2005:21 s. 73.

<sup>201</sup> Direktiv 89/665/EEG art. 2.

<sup>202</sup> ITPS A2004:027 s. 10, NUTEK R2005:21 s. 34, SOU 1999:139 s. 141 och SOU 2001:31 s. 283.

<sup>203</sup> Se förordning (2007:824) med instruktion för Kammarkollegiet, 6 a §.

uppdrag inom upphandlingsområdet även om ökad koncentration har skett då NOU slogs ihop med Konkurrensverket.<sup>204</sup>

### Konsekvens

För myndigheter innebär bristande kompetens och kvalitet ökade kostnader för att verksamheten inte får rätt varor och tjänster, processkostnader samt merarbete p.g.a. oklarheter som behöver redas ut. Motsvarande kostnader uppstår hos leverantörer. Med bristande kompetens riskerar potentialen till ett effektivare resursutnyttjande vid upphandling att inte kunna utnyttjas fullt ut.<sup>205</sup>

## 5.6.2 Bristande statistik

### Problembeskrivning

Upphandlingsområdet saknar tillförlitlig statistik, särskilt för upphandling som inte omfattas av direktivet som saknar krav på efterannonsering. Detta innebär att diskussionen om problem och åtgärder begränsas av det faktum att det ofta saknas empirisk grund. En orsak till problemet är att det inte finns någon ansvarig myndighet att föra statistik för upphandling under tröskelvärdena.<sup>206</sup> Även för den statistik som ska lämnas för upphandling över tröskelvärdet finns stora brister, år 2006 efterannonserades knapp 60 % av annonserna i TED.<sup>207</sup>

### Konsekvens

Utvärdering och uppföljning av upphandlingsmarknadens funktion och effektivitet omöjliggörs av att det saknas på grundläggande data. Omfattningen av eventuella problem är svåra att uppskatta. Frånvaro av statistik försvårar intern och extern tillsyn samt forskning och metodutveckling.

### Juridisk aspekt

Upphandling över tröskelvärdena ska efterannonseras i TED, vilket ger underlag till statistik för dessa upphandlingar.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> NUTEK R2006:21 s. 35. I detta sammanhang kan nämnas att Statskontoret har fått i uppdrag av regeringen att se över den statliga inköpsamordningen samt utreda behov och konsekvenser av att införa bestämmelser om inköpscentraler, Statskontoret dnr 2008/163.

<sup>205</sup> SOU 1999:139 s. 191.

<sup>206</sup> NUTEK R2005:21 s. 14, SOU 1999:139 s. 53 och SOU 2006:28 s. 37.

<sup>207</sup> KKV:s rapport 2007:4 s. 85.

<sup>208</sup> LOU 7 kap. 3§.

### 5.6.3 Lite forskning kring upphandling

#### Problembeskrivning

Mot bakgrund av upphandlingens betydelse i samhället är avsaknaden av forskning och djupare analyser förvånansvärt stor, vilket innebär att kunskapen om offentlig upphandling är begränsad.<sup>209</sup>

#### Konsekvens

Utan praktisk och tillämpad forskning på upphandlingsområdet minskar förutsättningar att utveckla metoder och kunskap för att utvärdera och förbättra effektiviteten.

---

<sup>209</sup> Skrivelse till Näringsdepartementet 2007-06-18 från Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling, Svenskt näringsliv och Sveriges kommuner och landsting.

## 6 Förslag på åtgärder

### 6.1 Åtgärder reglering

Åtgärder består i att minska osäkerheten kring spelreglerna för upphandlingsmarknaden.

#### 6.1.1 Förenkling av regler, övergripande

Med förenkling av regler avses ändring för att reducera eller eliminera materiella krav eller att uppnå materiella krav med en annan regelutformning. De rättsliga förutsättningarna för att genomföra regelförenkling är begränsade till de regler som avser upphandling som inte omfattas av direktivet, d.v.s. upphandling under tröskelvärden och de s.k. B-tjänsterna (LOU 15 kap). Ett regelförenklingsarbete inramas vidare av att upphandling utanför direktivet ska iaktta upphandlingsprinciperna om fri rörlighet av varor och tjänster m.m., icke-diskriminering och likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.<sup>210</sup> Språkliga och dispositionsmässiga ändringar i LOU för övrigt är däremot möjliga att göra så länge dessa inte står i strid med det materiella innehållet i de obligatoriska delarna av direktivet. Övergripande kan regelförenkling på upphandlingsområdet avse förfarandereglererna eller reglerna för rättsmedel. Vid regelförenklingsarbetet är viktigt att se helheten och balansen mellan dessa två delar samt beakta vilka övriga åtgärder som kan fungera som en kompensation för sådan minskning av regelkrav som medför en lägre skyddsnivå. En avvägning måste ske mellan parternas intresse samt att de bakomliggande syftena med LOU inte åsidosätts.<sup>211</sup> Upphandlingslagstiftningen kan beskrivas som en paradox; ett regelverk med syfte att skapa en väl fungerande upphandlingsmarknad kan samtidigt generera kostnader som stör marknadsfunktionen, vilket därmed innebär att lagstiftningen i sig kan motverka sitt eget syfte. På liknande sätt kan en regelförenkling eliminera eller minska en transaktionskostnad men samtidigt orsaka andra transaktionskostnader p.g.a. att skyddsnivån för en väl fungerande marknad blir lägre.<sup>212</sup> Vid överväganden om regelförenkling uppstår avvägningar mellan för- och nackdelar av en förändring. I detta avseende försvåras en rationell argumentation av frånvaro av statistik, forskning och empiriskt underlag. Förändring ur ett rättsekonomiskt perspektiv innebär att skapa en sådan handlingsdirigerande incitamentstruktur som resulterar både i låga transaktionskostnader och i regelfunktioner som upprätthåller en tillräckligt hög skyddsnivå för att motverka beteenden som inverkar negativt på upp-

---

<sup>210</sup> EG-domstolens mål C-324/98, C-59/00, C-231/03, C-234/03, C-264/03 och C-458/03. Se även Europeiska kommissionen tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, 2006/C179/02.

<sup>211</sup> SOU 1999:139 s. 146.

<sup>212</sup> Ett enkelt exempel: att ta bort kravet på att upphandling ska annonseras minskar kostnaden för de upphandlande myndigheterna i form av tid och resurser men medför samtidigt att en öppenhet inte uppnås vilket är en grundläggande funktioner för en väl fungerande upphandlingsmarknad.

handlingsmarknadens funktion. Förslag om regelförändring bör ses tillsammans med de övriga åtgärder som kan vidtas för att utveckla eller förbättra offentlig upphandling. Förenkling av regler behandlas i Förfarande respektive Övervakning.

### 6.1.2 Förtydligande av regler

Med förtydligande av regler avses ändring av språk, struktur och utformning av regler i syfte att underlätta förståelse och överblick, d.v.s. utan förändring av materiella krav i lagstiftningen. Ju tydligare och mer lättillgängliga reglerna är, desto enklare blir det att ta del av reglerna och att tillämpa dessa.<sup>213</sup> Ett bakomliggande syfte med de nya direktiven har varit att förtydliga regelverket. Språkligt har reglerna i LOU formulerats för att bli mer lättlästa och utformats att kronologiskt följa upphandlingsprocessen istället för den tidigare uppdelning i kapitel beroende på vilken nytthet som upphandlas. Lagens detaljrikedom och komplexitet sätter begränsningar för lättillgänglighet men den är mer logiskt strukturerad och mer lättillgänglig än tidigare LOU.<sup>214</sup> Uppdelningen i två lagar för offentlig upphandling respektive upphandling inom försörjningssektorerna kan också bidra till att renodla lagtexten. Ett förslag för att ytterligare öka tydligheten är att bryta ut de delar som rör upphandling som inte omfattas av direktivet till en separat lagstiftning.<sup>215</sup> För upphandlingar under tröskelvärdena är det rimligt att det inte ska behöva förutsättas att juridisk kompetens medverkar för att kunna genomföra en upphandling. Vid utformning av regler bör hänsyn tas till målgruppen som ska tillämpa reglerna, vilket kan motivera en separat lagstiftning. Nackdelen med det är att lagstiftningen splittras i flera lagar och att det finns flera lagrum är gemensamma för upphandling som omfattas av direktivet och upphandling som inte gör det. När de nya upphandlingsdirektiven införlivades i Sverige skedde det genom två separata lagstiftningar, vilket utsattes för kritik i av remissinstanser och lagrådet.<sup>216</sup> Ett alternativ är att flytta fram kapitlet för upphandling som inte omfattas av direktivet till början av LOU.

### 6.1.3 Information om regleringen

God information om upphandlingsreglerna är en förutsättning för en effektiv upphandling och bidrar till att minska regleringskostnaden.<sup>217</sup> Riktad och lättillgänglig information till företag kan främja ett ökat deltagande för att företag börjar tävla om offentliga kontrakt på upphandlingsmarknaden, d.v.s. medför sänkta inträdeshinder.<sup>218</sup> Vikten en god information om upphandlingsreglerna har

---

<sup>213</sup> Prop. 2006/07:128 s. 598.

<sup>214</sup> Prop. 2006/07:128 s. 139.

<sup>215</sup> Ett gemensamt utlåtande av Ekonomistyrningsverket, Sveriges kommuner och landsting och Verva, 2007-12-11.

<sup>216</sup> Lagrådet, yttrande över förslag till upphandlingslagar, 2007-02-07, s. 5.

<sup>217</sup> Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 20.

<sup>218</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 13



betonats av samtliga muntliga källor. Ett flertal åtgärder kan göras för att förbättra information om upphandlingsreglerna där olika informationskanaler och informationsmedier kan användas såsom webbaserad informationsportal, webbaserad interaktiv guide som stöd vid upphandling eller praktiska handböcker.<sup>219</sup> Konkurrensverket har ett ansvar för att det finns relevant och uppdaterad information om upphandling<sup>220</sup> Vissa muntliga källor framhåller att det är viktigt att marknadsaktörer inte slås ut av denna informationsgivning medan andra påpekar vikten av att Konkurrensverket höjer ambitionen vad gäller informationsgivning. Upphandling involverar ett stort antal personer och därmed finns det ett kommersiellt underlag för informationsgivning. Information genom offentliga initiativ bör inte förhindra att en marknad utvecklas kring upphandlingsinformation. Parts- och branschorganisationer bör även ha anledning att tillhandahålla information till sina medlemmar eller intressenter eftersom upphandlingsmarknaden erbjuder omfattande affärsmöjligheter. I den utsträckning som det offentliga tillhandahåller information bör detta samordnas till en gemensam portal för att öka användarvänligheten. Även om skilda myndigheter har ansvar för olika aspekter av upphandling bör det inte förväntas att användaren ska veta om det är Konkurrensverket, NUTEK, Ekonomistyrningsverket, Vinnova, Statlig inköpssamordning m.fl. som är huvudman för informationen, i synnerhet inte om det är ett mindre företag som har ett informationsbehov.

#### 6.1.4 Utveckla rättspraxis

Att få till stånd en mer enhetlig rättspraxis kan uppnås genom att fler prejudikat avgörs. För att mål om överprövning ska kunna prövas i högre instans krävs att prövningstillstånd meddelas och en grund för detta är att "det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt".<sup>221</sup> Ansvar för utveckla rättspraxis ligger således på de högre förvaltningsdomstolarna. Förslag finns att kravet på prövningstillstånd vid upphandlingsmål, i vart fall under en övergångstid, ska avskaffas.<sup>222</sup> Samtliga muntliga källorna är överens om att den spretiga praxisen är besvärande. I sammanhanget kan nämnas att svenska domstolar inte har begärt förhandsavgörande från EG-domstolen i mål som rör offentlig upphandling vid något tillfälle sedan LOU trädde i kraft den 1 januari 1994.<sup>223</sup> Att koncentrera upphandlingsmål till vissa domstolar bidrar vidare till en mer enhetlig rättspraxis.

<sup>219</sup> EIM 2004-03-22 s. 74, Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 30.

<sup>220</sup> Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket 8 §.

<sup>221</sup> Förvaltningsprocesslag (1971:291) 34a och 36 §§.

<sup>222</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 80.

<sup>223</sup> Europafördraget art. 234.

### 6.1.5 Koncentration av domstolar

Koncentration av upphandlingsmål till färre eller specialiserade domstolar eller ett särskilt tvistlösningsorgan kan medföra att handläggningen kan ske snabbare och effektivare samt att en mer enhetlig domstolspraxis utvecklas.<sup>224</sup> Tiodagarsfristen vid överprövning ställer bl.a. krav på en snabb handläggning av överprövningsmål. Överprövning är ett skriftligt förfarande och därmed är det inte nödvändigt att målet behöver handläggas i parternas geografiska närhet. En form av koncentration utifrån nuvarande prövningsordning är exempelvis att en länsrätt, den kammarrätt som är dess överinstans och Regeringsrätten ansvarar för upphandlingsmål. I de nordiska länderna handläggs upphandlingsmål i specialiserade instanser.<sup>225</sup>

### 6.1.6 Tolkningsmeddelanden

En åtgärd för att skapa större klarhet i regelverket är att utfärda tolkningsmeddelanden. Kommissionen har utfäst sig att ge ut ett antal tolkningsmeddelanden för att förklara och förtydliga frågor gällande tillämpning av direktiven.<sup>226</sup> Muntliga källor ifrågasätter betydelsen för tolkningsmeddelanden från Kommissionen för den praktiska verksamheten. Tillsynsmyndigheten har möjlighet att utfärda allmänna råd inom sitt tillsynsområde.<sup>227</sup>

### 6.1.7 Ändamålsenlig metod vid rättstillämpning

Ett bidrag till spretig praxis och ett osäkert rättsläge kan vara skillnader i rättstillämpningsmetod mellan domstolar. I svåra fall, när en rättsregel inte problemfritt kan tillämpas på en aktuell situation, blir det ofta nödvändigt att tillgå en värdering, eller annat tillägg, som är rimlig med kan ifrågasättas.<sup>228</sup> Beroende på val av metod för värdering kan en och samma upphandlingsrättsliga fråga avgöras på olika sätt. Eftersträvas att öka effektivitet i upphandling i termer av att förverkliga målet för lagstiftningen respektive att lagstiftningen ska tillämpas på ett sätt som bidrar till välfärden i samhället är en värdering baserad på en ändamålsbaserad (teleologisk) tolkning att föredra. För upphandlingsområdet innebär detta att ekonomiska argument rörande marknadens funktion ges en framträdande betydelse vid rättslig tillämpning av en upphandlingsrättslig situation. En tillämpning av ändamålsbaserad tolkning på upphandlingsområdet kan därmed bidra till att målsättningen med lagen uppnås samt en ökad förutsebarhet när argumentation baseras på ekonomisk teori, vilket sammantaget leder till en större rättssäkerhet.

<sup>224</sup> NUTEK R2006:21 s. 36, KKV:s rapport 2007:3 s. 115, KKV:s rapport 2007:2 s. 81.

<sup>225</sup> I Danmark, Klagenævnet for Udbud ([www.klfu.dk](http://www.klfu.dk)), Norge, Klagenemnd for offentlige anskaffelser ([www.kofa.no](http://www.kofa.no)) och Finland, Marknadsdomstolen ([www.oikeus.fi/markkinaoikeus](http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus)).

<sup>226</sup> Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 21.

<sup>227</sup> Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket 4 §.

<sup>228</sup> Peczenik, Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära, s. 59.

## 6.2 Åtgärder marknadsinformation

Åtgärder för att förbättra marknadsinformation kan bestå i att sänka sökkostnader genom att skapa en öppen och enkel tillgång till marknadsinformation och därmed att skapa ökade förutsättningar för att leverantörer lämnar anbud.

## 6.3 Nationell heltäckande annonsdatabas

Inför en nationell annonsdatabas för upphandlingar utanför direktivets område på liknande sätt som de flesta EU-länder valt att göra.<sup>229</sup> Införandet av en nationell databas skulle medföra väsentligt förändrade de affärsmässiga förutsättningar för ett antal företag verksamma på annonsmarknaden. Till fördelarna med ett samlat utbud av annonser måste vägas nackdelar för de företag som förlorar möjlighet till utkomst vid ett statligt initiativ att samordna upphandlingsannonser. En nationell databas kan drivas i offentlig eller privat regi efter upphandling.<sup>230</sup> En nationell annonsdatabas med kostnadsfri tillgång till upphandlingsannonser sänker trösklar för att ta del av marknadsinformation och därmed ökar sannolikheten för fler anbudsgivare.<sup>231</sup>

### 6.3.1 Annonsering med standardiserat informationsformat

Annonsering med ett standardiserat informationsformat är en alternativ lösning till nationell annonsdatabas. Annonser skulle då publiceras enligt en informationsstandard på en av myndigheten angiven webbplats som är öppet tillgängligt för att kunna läsas eller hämtas för sammanställning. P.g.a. standardisering kan informationen bearbetas med informationsteknik på ett kostnadseffektivt sätt. Fördelen är att alla informationsföretag får lika tillgång till all annonsinformation. Därmed kan konkurrens uppstå på hur informationen förädlas och tillhandahålls leverantörer. Detta kan jämföras med hur situationen ser ut i dagsläget där en viktig konkurrensfaktor utgörs av att kunna erbjuda informationen som sådan. Jämfört med alternativet om en nationell databas som drivs i offentlig regi kan det antas att marknadskrafterna är bättre på att utveckla system som är attraktiva för marknadens aktörer utifrån dessas skiftande behov.<sup>232</sup> En sådan lösning innebär att det även fortsättningsvis blir förenat med kostnader för annonsinformation eftersom det blir en marknadslösning. Den föreslagna lösningen medför dock en enkel och öppen tillgång till annonsinformation som kan antas medföra att fler aktörer kan börja konkurrera med lägre priser eller mer förädlade tjänster som följd. Oavsett vilken

<sup>229</sup> I förslag om lag om valfrihetssystem (LOV) föreslås inrättande av nationell databas för annonser vid valfrihetssystem av anskaffning av sociala, vård- och omsorgstjänster, prop. 2008/09:29.

<sup>230</sup> Att en nationell annonsdatabas drivs i privat regi efter upphandling har nackdelen att framtida upphandlingar kan försvåras eftersom övriga aktörer sannolikt upphör med denna typ av verksamhet efter den första upphandlingen.

<sup>231</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 10 och Kommissionen, Small Business Act for Europe s. 8.

<sup>232</sup> SOU 1999:139 s. 301.

teknisk lösning (nationell databas eller standardiserat informationsformat) för att förbättra transparensen är det viktigt att leverantörer snabbt, enkelt och smidigt kan ta del av utbudet av offentliga affärsmöjligheter.

### 6.3.2 Leverantörsträffar

Ett sätt att ge leverantörer ökad information är att upphandlande myndigheter anordnar leverantörsträffar där potentiella anbudsgivare inbjuds. Sådana träffar ger även fördelar då den upphandlande myndigheter får en större kunskap om det utbud som finns på marknaden, vilket ökar förutsättningar för att förfrågningsunderlag utformas som tar tillvara på de möjligheter som marknaden erbjuder.<sup>233</sup>

### 6.3.3 Mer utförlig annonsinformation samt elektronisk tillgång till kontraktsunderlag

Annonser ska innehålla tillräckligt med information att leverantörer snabbt och enkelt kan avgöra om upphandling är av intresse för att minska sökkostnaderna.<sup>234</sup> Annonser bör även innehålla länk till förfrågningsunderlag i elektronisk form.<sup>235</sup> En ökad tillgång till förfrågningsunderlag kan även vara ett sätt att underlätta för andra myndigheter vid arbetet med att ta fram förfrågningsunderlag.<sup>236</sup> Annonser som innehåller en kort sammanfattning på engelska eller något annat språk ökar chansen att utländska företag lämnar anbud. Detta bör dock inte vara obligatoriskt eftersom upphandling utanför direktivets område har undantagits med skälet att de har mindre intresse för gränsöverskridande handel.

### 6.3.4 Efterannonsering för upphandling utanför direktivområdet

Efterannonsering även för upphandling som inte omfattas av direktivet är ett sätt att skapa vetskap om resultatet av enskilda upphandlingar som sedan kan sammanställas. Nackdelen med en sådan lösning är att det skapas ett nytt administrativt moment för myndigheter i upphandlingsprocessen. Undersökning visar även att det är en dålig disciplin på efterannonseringen där drygt 40 % av annonserade direktivupphandlingar för 2006 inte har efterannonserats.<sup>237</sup> En ytterligare nackdel, om efterannonsering sker med liknande regler som idag, är att det uppstår en fördröjning innan informationen kan sammanställas.

---

<sup>233</sup> NUTEK R2008:6 s. 18.

<sup>234</sup> Direktivet beaktandesats 36.

<sup>235</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 10.

<sup>236</sup> Prop. 2008/09:29 s. 66.

<sup>237</sup> Konkurrensverket 2007:4 s. 70.

### 6.3.5 Tilldelningsbeslut i standardiserat informationsformat

Inför en bestämmelse att tilldelningsbeslut ska ske genom publicering i ett standardiserat informationsformat på en av myndigheten angiven webbplats som är öppet tillgängligt för att kunna läsas eller hämtas för sammanställning (se även 6.2.2 ovan). Detta ersätter att meddelande om tilldelningsbeslut skickas till de leverantörer som lämnat anbud, vilket bör sänka förfarandekostnaden för tilldelningsbeslut hos myndigheter.<sup>238</sup> En betydande fördel är vidare att det kan fungera som underlag för att skapa tillförlitlig statistik om upphandling. I första hand bör det överlämnas till marknaden att hantera tilldelningsbeslut i ett standardiserat informationsformat. I den utsträckning som detta inte sker tillfredsställande genom marknadens villkor kan det offentliga ta på sig ansvaret för detta. En ökad informationssammanställning kan dock medföra negativa effekter. En väl fungerande konkurrens innebär att alla företag på marknaden agerar oberoende av varandra och inte koordinerar sig om priser eller produktion. Ett ökat informationsutbyte kan underlätta för företagen att agera i samförstånd och t.ex. enas om att ta ut högre priser eller att dela upp marknaden sinsemellan.<sup>239</sup> Efter en upphandling blir lämnade anbuden i normalfallet offentliga, vilket gör att en leverantör dock alltid kan få vetskap om lämnade anbud och priser vid en enskild upphandling.<sup>240</sup>

## 6.4 Åtgärder förfarandet

Åtgärder bör inriktas på att minska kostnader för aktörerna att genomföra upphandlingsförfarandet. En viktig förutsättning för detta är att förändra incitamentstrukturen så att syftet med reglerna, att de grundläggande principerna iakttas, kan uppnås med så få negativa konsekvenser som möjligt.

### 6.4.1 Förändra förfarandereglerna

Förenkling av förfaranderegler sänker de kostnaderna som följer av detaljerade regler och en formaliserad process. Samtidigt kan detta medföra en risk för att upphandlingsprinciperna inte iakttas med ökad skönsmässighet och oförutsebarhet som följd, vilket i sin tur kan leda till större affärsrisk och kostnader för leverantörer. En utgångspunkt för regelförenkling av förfaranderegler är därför om det finns alternativa åtgärder som tillförsäkrar att de grundläggande principerna iakttas. Vissa kostnadsdrivande moment vid upphandling är svåra att undvika. För att ge alla leverantör samma chans vid en upphandling måste alla leverantörer behandlas lika. Det betyder att uppgifter måste inhämtas även för leverantör som redan är kända hos myndigheten sedan tidigare, vilket kan förstärka upplevelsen av upphandling som en onödigt byråkratisk process. Att varje upphandling börjar

---

<sup>238</sup> LOU 9 kap. 9 § och 15 kap 19 §.

<sup>239</sup> KKV:s rapport 2006:4 s. 70.

<sup>240</sup> Sekretesslagen (1980:100) 6 kap. 2 §.

om från början är dock nödvändigt för att principen om likabehandling ska säkerställas. För att säkerställa att upphandlingsprinciperna följs är det i många fall nödvändigt med skriftliga inslag eftersom ett helt formlöst förfarande försvårar övervakningen av att upphandling har skett enligt kraven på likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. En undersökning visar att leverantörer är positiva till att upphandling genomförs mindre formellt och med ett större utrymme för kontakt och dialog på ett liknande sätt som sker för andra affärstransaktioner utan att dessa hyser oro för att det ska uppstå risk för felaktiga upphandlingar.<sup>241</sup> Reglerna för upphandling bör inte vara alltför detaljstyrande. Det finns uppenbara nackdelar om inte upphandlaren får använda sin professionella kunskap, erfarenhet och förnuft.<sup>242</sup> Lagreglernas utformning kan inte direkt förklara att tillämpningen och genomförande av upphandling sker på ett överdrivet formellt sätt av vissa myndigheter. Däremot är lagreglerna en mycket viktig del av den incitamentstruktur som inverkar på förhållningssätt och i förlängningen hur upphandling genomförs i praktiken.

#### 6.4.2 Höjd gräns för tröskelvärden

Höjd gräns för tröskelvärdena har framförts som en regelförenkling, eftersom färre upphandlingar då behöver göras enligt upphandlingsdirektivet.<sup>243</sup> Muntliga källor uppger att är dock att det inte råder sådan stor skillnad mellan resursåtgång för förfarandena över respektive under tröskelvärdena.<sup>244</sup> Vidare disponeras frågan om tröskelvärden av EU och i samband med de nya upphandlingsdirektiven höjdes nivåerna, vilket innebär att frågan för närvarande är svår att aktualisera.

#### 6.4.3 Ökade möjligheter att tillämpa direktupphandling

Ökat utrymme för direktupphandling, som innebär att anskaffning kan ske utan formkrav, minskar förfarandekostnader jämfört med om anskaffning sker med en reglerad upphandlingsform. Nuvarande regler medger direktupphandling om "kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl".<sup>245</sup> Åtgärden kan dock medföra nackdelar i form av utebliven eller sämre konkurrens eftersom det inte finns krav på annonsering för direktupphandlingar. Ett formlöst förfarande utan några krav på skriftlighet försvårar möjlighet till övervakning vilket leder till ökad risk för felaktigheter och missbruk. Även kontrakt som är av mindre värde kan dock utgöra en viktig affär för mindre leverantörer, vilket talar mot en ökad användning av upphandling som inte sker med öppen konkurrensutsättning.<sup>246</sup>

---

<sup>241</sup> NUTEK R2008:6 s. 22

<sup>242</sup> Trepte, *Regulating procurement*, s. 105.

<sup>243</sup> SOU 2001:31 s. 374.

<sup>244</sup> Även NUTEK R2008:6 s. 22.

<sup>245</sup> LOU 15 kap. 3 §.

<sup>246</sup> SOU 1999:139 s. 284.

Det finns uppgifter som pekar åt olika håll om direktupphandlingar är till fördel eller inte.<sup>247</sup> När enkät har genomförts med leverantörer synas det finnas en övervikt till dem som önskar mer direktupphandling.<sup>248</sup> Sannolikt besvaras frågeställningen olika mellan de leverantörer som har goda och upprättade kontakter med myndighet och de leverantörer som inte är etablerade på marknaden.

#### 6.4.4 Ökad användning av ramavtal

Ramavtal är en avtalskonstruktion som innebär att villkoren i ramavtalet kan användas för att tilldela ett upphandlingskontrakt, s.k. avrop.<sup>249</sup> Ramavtalet tilldelas efter ett upphandlingsförfarande men vid tillämpning av ramavtalet, avropet, behöver inga förfaranderegler följas. Användning av ramavtal medför lägre förfarandekostnader jämfört med om motsvarande anskaffningen skulle upphandlas. Ramavtal kan tecknas för en eller flera beställares myndigheters räkning med en eller flera leverantörer. De ramavtal med störst spridning är de som ingås genom den statliga inköpssamordningen för hela statsförvaltningens räkning och där även många kommuner och landsting i vissa fall kan ansluta sig.<sup>250</sup> För komplexa varor och tjänster uppstår fördelar att det går att kraftsamla beställarkompetens till förstudie och genomförandet av upphandling som mindre myndigheter inte själva har möjlighet att göra.<sup>251</sup> Negativa effekter med ramavtal är främst att upphandlingsmarknaden stängs och konkurrensen försämras då ramavtalet i sig utgör ett avtalsmässigt inträdeshinder eftersom endast de leverantörer som tilldelats ramavtalet kan sälja de aktuella nyttigheterna till den eller de avropsberättigade upphandlande myndigheterna under avtalsperioden. Avrop sker idag i huvudsak utan insyn eller öppenhet. Flera muntliga källor pekar på risken att ramavtal används på ett otillåtet sätt.

#### 6.4.5 Ökad dialog

Öka dialogen mellan upphandlande myndigheter och leverantör före och under upphandlingen är ett sätt att minska upphandlingens formella karaktär.<sup>252</sup> Leverantörer tror sig ha bättre möjligheter att på ett rättvisande sätt kunna presentera den offererade varan eller tjänsten vid ett möte med beställaren, oavsett hur stor ansträngning som läggs vid utformningen av det skriftliga anbudet. Leverantörer tror även att beställare har ett värde att en ökad dialog, då det kan vara svårt att förstå skillnader mellan offererade lösningar "på pappret". En ökad

<sup>247</sup> Prop. 2006/07:128 s. 280 jämfört med SOU 1999:139 s. 284. Även intervjukällorna uppger olika uppfattningar.

<sup>248</sup> NUTEK R2005:21 s. 75.

<sup>249</sup> LOU 2 kap. 15 §.

<sup>250</sup> Regleras genom förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning, se vidare <http://www.avropa.nu>.

<sup>251</sup> Utifrån ett konkurrensperspektiv bör dock ramavtal användas försiktigt på områden där det offentliga är enda eller huvudsaklig köpare, eftersom de leverantörer som inte tilldelas ramavtal förlorar affärsmöjligheter under avtalsperioden.

<sup>252</sup> NUTEK R2008:6 s. 27.

aktivitet i ett tidigt stadium av upphandlingsprocessen kan sannolikt minska antalet överprövningsmål.<sup>253</sup> Därför bör beställaren uppmuntra dialog och frågor från leverantörer för att minska riskerna för missförstånd och oklarheter. Feedback till leverantörer som lämnat anbud men inte vunnit kontraktet kan ge en förståelse för i vilka delar anbudet inte varit tillräckligt starkt samt underlättar för leverantören till nästa upphandlingstillfälle.<sup>254</sup> LOU möjliggör dialog under upphandlingsprocessen så länge det inte strider mot likabehandling av leverantör eller snedvrider konkurrensen.<sup>255</sup> Samtliga leverantörer måste därför ha lika tillgång till information vid utarbetandet av anbud.

#### 6.4.6 Ökad användning av förhandling

För upphandling som inte omfattas av direktivet finns en generell möjlighet att använda förhandling.<sup>256</sup> Förhandlingar leder dock till en ökad risk att ovidkommande hänsyn tas eller att alla leverantör inte behandlas lika. Utrymmet till förhandling vid direktivupphandling är begränsat och utgör ett undantag från ett helt skriftligt förfarande.<sup>257</sup>

#### 6.4.7 Komplettering och förtydligande av anbud

Myndigheter bör använda utrymmet för att begära komplettering och rättelse, vilket kan vara en sätt att minska upphandlingens formella och byråkratiska karaktär som synes utgöra vara en omständighet som avhåller vissa leverantör att medverka i offentlig upphandling. Detta kan dock medföra ökade kostnader för myndigheter och kan även ge incitament för leverantör att bli mer slarviga i anbudsskrivning. Det finns inget som hindrar en myndighet att begära komplettering eller rättelse av en leverantör så länge det inte finns risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.<sup>258</sup>

#### 6.4.8 Obligatoriskt att begära komplettering när anbud inte uppfyller kraven på formella uppgifter

Att ställa lagkrav på att det ska vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att begära komplettering om formella uppgifter saknas i anbudet medför en lägre risk och anbuds-kostnad för leverantören.<sup>259</sup> Åtgärden innebär ökade förfarandekostnader för myndigheten eftersom ett kontrollmoment tillförs upphandlings-

---

<sup>253</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 61.

<sup>254</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 11

<sup>255</sup> LOU 9 kap. 8 § och 15 kap. 12 §.

<sup>256</sup> LOU 15 kap. 7 §.

<sup>257</sup> LOU 4 kap. 1 § 2 st.

<sup>258</sup> LOU 9 kap. 8 § och 15 kap. 12 §.

<sup>259</sup> NUTEK R2008:6 s. 27.



förfarandet. Det finns även en risk att leverantör ges incitament att bli mer vårdslös. Samtidigt kan det framstå som oproportionellt hårt att ett formellt fel ska kunna leda till anbud läggs åt sidan utan att utvärderas för en omständighet som inte har någon materiell betydelse för anbudet i övrigt. De ökade kostnader för upphandlande myndigheter kan kompenseras om en funktion för inhämtning av formella uppgifter (se avsnitt 6.4.4. nedan) utvecklas.

#### 6.4.9 Att förfrågningsunderlag innehåller checklistor för efterfrågade dokumentation

Checklistor för vilken information och dokumentation som efterfrågas vid upphandling gör det enklare för leverantören att kvalitetssäkra att anbudet är kompletta och minskar därmed risken för felaktigheter.<sup>260</sup> Används elektroniska formulär för att lämna anbud kan dessa utformas på sådant sätt att anbudet inte kan skickas förrän alla uppgifter har fyllts i eller dokument bifogats.

#### 6.4.10 Välja effektiva upphandlingsförfaranden

Användning av upphandling med prekvalificering där endast utvalda företagen behöver lämna fullständiga anbud sänker den totala kostnaden för de leverantörer som deltar, eftersom endast relevanta anbudsgivare behöver prestera fullständiga anbud och dokumentation.<sup>261</sup> Det krävs marknadskunskap för att bedöma vilket förfarande som ger bäst konkurrens till lägst kostnad för både leverantör och beställare. Lagtexten anger att det dock minst ska finnas tillräckligt många anbud att en effektiv konkurrens uppnås. Vissa muntliga källor har även uttryckt behovet av att de frivilliga förfarandena som är möjliga enligt direktivet bör införas i LOU då dessa erbjuder effektiv konkurrensutsättning till låga förfarandekostnader.

#### 6.4.11 Lämna tillräckligt lång framförhållning åt leverantör att anbud hinner utarbetas

Längre tid för leverantörer att lämna anbud kan medföra att flera leverantörer har tid och resurser att tävla om offentliga kontrakt. Särskilt viktigt kan det vara för leverantörer som inte har tillräcklig ekonomisk eller teknisk kapacitet för att motsvara de krav som ställs och behöver tid för att träffa avtal med annan leverantör i syfte att återöppna dennes kapacitet. Kräver planering från myndighetens sida och

---

<sup>260</sup> NUTEK R2008:6 s. 18.

<sup>261</sup> NUTEK R2008:6 s. 25.

ska även vägas mot den kostnad som kan uppstå för verksamheten när anskaffning drar ut på tid.<sup>262</sup>

#### 6.4.12 Användning av förannonsering

Användning av förannonsering ger leverantör en bättre framförhållning att kunna planera anbudsskrivning.<sup>263</sup>

#### 6.4.13 Elektronisk upphandling

Användning av modern informationsteknik har stor potential att skapa större öppenhet och möjlighet till konkurrensutsättning samtidigt som informationshanteringen kan ske snabbt och rationellt med möjligheter till kvalitetssäkring. System för elektronisk upphandling kan även förenkla tillämpningen av komplicerade upphandlingsregler.<sup>264</sup> Det uppges att elektronisk upphandling kommer att kunna revolutionera upphandling jämfört med pappersbaserad hantering.<sup>265</sup> Europeiska kommissionen rekommenderar medlemsstaterna att anta nationella handlingsplaner och genomföra åtgärder för att en större del av upphandling ska kunna ske elektroniskt för att minska kostnader och öka effektiviteten, vilket direkt och indirekt anges ha positiv effekt på medlemsstaternas ekonomier.<sup>266</sup> Det har föreslagits att regeringen bör ta initiativ till en gemensam Internetportal för e-upphandling enligt dansk modell.<sup>267</sup> Det finns ett antal IT-baserade hjälpmedel för offentlig upphandling på marknaden som tillhandahåller funktioner för att hantera information och rutinmässiga uppgifter. Det frigör resurser för att skapa högre kvalitet i upphandlingen.<sup>268</sup> Elektronisk upphandling medför kostnader för utveckling av nya lösningar. Med hänsyn till de vinster i form av snabbhet, effektivitet och kostnadsbesparing som kan uppnås bör dock ett sådant arbete ha hög prioritet.<sup>269</sup>

#### 6.4.14 Tillåta att anbud kan lämnas elektroniskt

Tillåts leverantör att lämna anbud elektroniskt kan pappershanteringen minskas, vilket sänker kostnaden för att medverka i upphandling.<sup>270</sup> Att få anbud elektronisk

---

<sup>262</sup> Kommissionen, Small Business Act for Europe s. 8.

<sup>263</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 20

<sup>264</sup> ITPS A2004:027 s. 11.

<sup>265</sup> Europeiska kommissionens Grönbok 1996-11-27 s. 23.

<sup>266</sup> Prop. 2006/07:128 s. 125.

<sup>267</sup> ITPS A2004:027 s. 11.

<sup>268</sup> SOU 2001:31 s. 282.

<sup>269</sup> SOU 2001:31 s. 367.

<sup>270</sup> NUTEK R2008:6 s. 27, Kommissionen, European code of Best practices s. 10 och Kommissionen, Small Business Act for Europe s. 8.

minskar även kostnaderna för myndigheterna p.g.a. mer rationell informationshantering.

## 6.5 Åtgärder kontrakt

De huvudsakliga åtgärderna som kan föreslås är att sänka de kostnader som uppstår p.g.a. att det ställs höga krav på leverantör, att förfrågningsunderlagen är omfattande, dåligt utformade och svåröverskådliga samt att en stor mängd uppgifter måste lämnas av leverantören.

### 6.5.1 Standardiserat kontraktsunderlag

Det finns betydande potential att sänka kostnader vid upphandling med hjälp av standardiserat kontraktsunderlag. Med standardiserat kontraktsunderlag avses kvalitetsgranskade förfrågningsunderlag eller delar av förfrågningsunderlag avseende disposition, innehåll och kravnivå samt övriga dokumentationskrav vid upphandlingen. Att förfrågningsunderlag skiljer sig mellan olika myndigheter t.o.m. bedöms vara ett betydande hinder för expansion.<sup>271</sup>

#### Struktur

Att standardisera utseendet på förfrågningsunderlag avseende disposition ökar överskådligheten och arbetet med att bedöma och besvara anbud kan ske snabbare och enklare.<sup>272</sup>

#### Innehåll

Att utforma ett bra förfrågningsunderlag förutsätter kommersiell, upphandlingsjuridisk och verksamhetskompetens och är ett av de mest resurskrävande momenten för myndigheter vid upphandling. Utsikten är större att ett förfrågningsunderlag med hög kvalitet tas fram när resurser kan kraftsamlas jämfört med om varje myndighet ska arbeta fram ett eget förfrågningsunderlag vid upphandlingstillfället. En ökad standardisering av kontraktsinnehåll och krav gör att leverantörer enklare kan återanvända tidigare gjort anbudsarbete. Ett arbete med att upprätta gemensamma europeiska upphandlingskriterier med syftet att minska den administrativa bördan för upphandlande myndigheter och för stärka leverantör konkurrenskraft har aviserats av Europeiska kommissionen.<sup>273</sup> Standardiserat kontraktsinnehåll är sannolikt mer lämpligt för enklare varor och tjänster än vid mer komplexa upphandlingar.<sup>274</sup> Med högre kvalitet i förfrågningsunderlag kan utvärderingen gå snabbare och att risken för överprövning minskar. Standardiserings-

<sup>271</sup> KKV:s rapport 2007:3 s. 88.

<sup>272</sup> SOU 1999:139 s. 165, KKV:s rapport 2007:3 s. 88

<sup>273</sup> AJ nr. 31-33/08.

<sup>274</sup> SOU 1999:139 s. 163 och 165, ITPS A2004:027 s. 33 NUTEK R2008:6 s. 18.

arbete bör inriktas på att skapa mallar med få men relevanta kontraktsvillkor för den aktuella anskaffningen.

### Dokumentationskrav

Standardisering kan även ske för dokumentationskrav som CV, referenshandling m.m.<sup>275 276</sup>

### Utvärderingsmodell

Att olika utvärderingsmodeller används vid utvärdering av anbud anges som problem av en stor del av tillfrågade leverantörer.<sup>277</sup> Olika utvärderingsmodeller innebär att leverantörer får tillämpa olika anbudsstrategier vid upphandling. Detta leder visserligen till en högre kontraktskostnad jämför med om alltid samma utvärderingsmodell används, men samtidigt tillförsäkras att beställare kan urskilja ett anbud som är anpassat för verksamhetens behov. Den tekniska och organisatoriska utformningen av ett standardiserat kontraktsunderlag kan ske på många sätt. En avgörande faktor är att dessa utformas och underhålls av marknadernas parter. Genom att använda expertpanel eller branschråd ökar relevansen bland krav, villkor och utvärderingskriterier.<sup>278</sup> En svårighet med standardiserade avtalsvillkor är hur dessa ska utformas och underhållas. En risk är att det standardiserade kontraktsunderlaget inte förändras och uppdateras i takt med utvecklingen på marknadsområdet på samma sätt som om ett förfrågningsunderlag utarbetas från grunden inför en upphandling. Vidare finns risk att det standardiserade kontraktsunderlaget användas utan reflektion och därmed inte motsvara verksamhetens behov av anskaffning. I praktiken baseras ofta utarbetandet av förfrågningsunderlag på dokument från tidigare upphandling, vilket riskerar att förfrågningsunderlag får bristande kvalitet och innehåller ovidkommande krav och villkor. Det är viktigt att den tekniska utformningen av standardiserade kontraktsunderlag innebär att den totala kravbildningen består av få men nödvändiga krav.<sup>279</sup> Arbete med standardisering sker på vissa håll, bl.a. inom Landstingsnätverket för Upphandling (LfU) där marknadens parter har kommit överens om innehållet för vissa upphandlingar av läkemedel och inom det medicintekniska området.<sup>280</sup> Olämpliga kontraktsunderlag skapar på olika sätt höga transaktionskostnader som i sin tur inverkar på viljan att lämna anbud vid upphandling. Omotiverade krav försvårar och fördyrar leverantörer att lämna anbud. Sammantaget försämras marknadsfunktionen och konkurrensen och därför finns det skäl att underlätta utformning av avvägda förfrågningsunderlag. En fördel med inköpssamordning kring standardiserade kontraktsunderlag i jämförelse med samordning som består i upphandling

---

<sup>275</sup> NUTEK R2008:6 s. 18.

<sup>276</sup> NUTEK R2005:21 s. 50 NUTEK R2008:6 s. 19. Kolla upp.

<sup>277</sup> NUTEK R2005:21 s. 41.

<sup>278</sup> NUTEK R2008:6 s. 25.

<sup>279</sup> NUTEK R2005:21 s. 10.

<sup>280</sup> Ytterligare information finns på [www.skl.se](http://www.skl.se).

av ramavtal är att anskaffning kan ske efter öppen anbudstävlan, vilket ökar förutsättningar för en effektiv konkurrens.

### 6.5.2 Sanningsförsäkran

Sanningsförsäkran som bekräftar att krav är uppfyllda ersätter att uppgifter och intyg behöver lämnas av leverantören i samband med anbudet.<sup>281</sup> I ett senare skede av upphandlingsprocessen kan uppgifter hämtas in av de leverantörer som lämnat de mest fördelaktiga anbuden, vilket innebär att endast relevanta anbudsgivare behöver lämna den efterfrågade informationen. Om den valda leverantören inte kan prestera dokumentationen inom en viss tidsrymd innebär det att kontraktet inte kan tilldelas denna.<sup>282</sup> Nackdelen är tid och resurser kan läggas på utvärdering av anbud som visar sig inte uppfylla ställda krav.

### 6.5.3 Officiell förteckning

Inför bestämmelse om officiella förteckningar. Officiella förteckningar är ett register över leverantör som uppfyller vissa angivna formella krav, uppgift om registrering i bolagsregister, ekonomisk kapacitet m.m.<sup>283</sup> En leverantör som kan visa en registrering i en officiell förteckning antas uppfylla de krav som förteckningen innehåller. Officiell förteckning är frivilligt att införa för varje medlemsstat enligt upphandlingsdirektivet men Sverige har valt att avstå från att införa systemet motiveringen att det inte är efterfrågat.<sup>284</sup> Fördelen med officiell förteckning är att kravet på informationsinhämtning minskar. Den är ett alternativ till att utveckla tekniska lösningar för att inhämta formella uppgifter. Ytterligare fördel med officiell förteckning är att registreringen även godtas när en leverantör deltar i upphandling i andra europeiska länder, vilket minskar hindret för en leverantör att börja tävla om offentliga kontrakt på den inre marknaden.

### 6.5.4 Elektronisk inhämtning av formella uppgifter

Utveckla en funktion för att hämta uppgifter som lagras i offentliga databaser och som regelmässigt efterfrågas vid upphandling (formella krav). En sådan funktion sänker anbudskostnaden för leverantör.

Samtliga muntliga källor anser det vara en bra åtgärd och vissa har även uttalat att det är märkligt att en leverantör ska behöva vända sig till en myndighet och sedan lämna överlämna de begärda uppgifterna till en annan myndighet.

---

<sup>281</sup> NUTEK R2008:6 s. 17, Kommissionen, European code of Best practices s. 16.

<sup>282</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 16.

<sup>283</sup> LOU 11 kap. 16 §.

<sup>284</sup> Prop. 2006/07:128 s. 403.

### 6.5.5 Myndigheter inhämtar själv uppgifter

Inhämtar den upphandlande myndigheten uppgifterna själv minskar leverantörens kostnader. Det kan röra sig om formella uppgifter eller uppgifter rörande leverantörens finansiella ställning. Ett antal kommersiella aktörer (Allego, Infotorg, etc.) tillhandahåller sådan information.<sup>285</sup> Möjlighet bör åtgärden utredas ytterligare om det kan anses strida mot likabehandling att inhemska leverantörer får enklare i detta avseende än utländska.

### 6.5.6 Ej ställa krav på flera kopior av anbud och dokumentation

Att inte ställa krav på att anbudet eller annan dokumentation ska lämnas i flera kopior minskar leverantörens arbete med anbud.<sup>286</sup> Tillåts anbud att lämnas elektroniskt undviks detta problem helt.

### 6.5.7 Genomförandevillkor

Kontraktskrav som kan medföra kostnader för leverantören bör utformas som genomförandekrav, vilket innebär att ett krav inte behöver vara uppfyllt förrän när avtal tecknas eller vid genomförandet av kontraktet. Därmed minskas den kommersiella risknivån för den leverantör som kan behöva göra en investering för att kunna fullgöra ett kontrakt som är under upphandling.

### 6.5.8 Utforma betalningsmodeller som minskar kreditrisk

Det går att eliminera den upphandlande myndigheters kreditrisk vid fullgörelse av kontrakt genom att utforma betalningsmodeller som gör att betalning sker efter prestation. Vid momentan prestationsöverföring och vid kortare tjänste- och entreprenörskontrakt som inte är komplexa till sitt innehåll bör det finnas goda möjligheter att ha relativt låga krav på ekonomisk kapacitet. Detta är ett alternativ till höga krav på finansiell ställning som riskerar att utesluta leverantör från upphandling. I sammanhanget kan det även framhållas vikten att myndigheten gör betalning i tid.<sup>287</sup>

### 6.5.9 Dela upp kontakten i mindre delar

Utforma upphandlingar på så sätt att anbud kan lämnas på hela eller delar av upphandlingen vilket kan möjliggöra att fler företag lämnar anbud.<sup>288</sup> Att dela upp

---

<sup>285</sup> NUTEK R2008:6 s. 17.

<sup>286</sup> NUTEK R2008:6 s. 27.

<sup>287</sup> Kommissionen, European code of Best practices s. 20

<sup>288</sup> ITPS A2004:027 s. 43, Kommissionen, European code of Best practices s. 6.

kontrakt i flera delar är dock inte tillåtet för att undvika att genomföra upphandlingsförfarande enligt direktivreglerna.<sup>289</sup> Det kan inte uteslutas att Sveriges reglering av upphandlingar som inte omfattas av direktivet ger myndigheter tydliga ekonomiska incitament för att genomföra upphandling av färre men större kontrakt för att undvika transaktionskostnader och minska exponeringen för överprövning i domstol. Att upphandla större kontrakt kan även ge fördelar i form av förmånligare ekonomiska villkor. Utifrån ett ekonomiskt effektivitetsperspektiv är det därför tveksamt om denna åtgärd ska vidtas innan övriga åtgärder genomförs för att sänka transaktionskostnader och eliminera omständigheter som kan fungera som inträdeshinder på upphandlingsmarknaden. Att dela upp kontrakt inom branscher med bristfällig konkurrens som bygg- och livsmedel kan underlätta för små och medelstora företag att tävla om kontrakt men gör det samtidigt mindre attraktivt för större utländska företag att delta i offentlig upphandling. I diskussion om att få små och medelstora företag att medverka i offentlig upphandling bör det göras en åtskillnad om anledningen är att utveckla en effektiv konkurrens på sikt eller om det är att främja denna företagskategori såsom ett samhällsnyttigt mål. Avvägning mellan intresset att ha mångfald bland marknadsaktörer samt att främja medverkan av små och medelstora företag å ena sidan och ekonomisk effektivitet i den enskilda upphandlingen å andra sidan är svår att göra.

#### 6.5.10 Åberopande av annans leverantör kapacitet

Med LOU infördes möjlighet för leverantör att åberopa annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet när det själv saknar möjlighet att uppfylla kravet, vilket gör att fler företag kan ha förutsättningar att lämna anbud.<sup>290</sup> Denna möjlighet för leverantör bör tydliggöras för att minska de problem som orsakas av högt ställda leverantörskrav.

#### 6.5.11 Standardiserade samarbetskontrakt och matchningsdatabaser

Inom vissa medlemsstater i EU sker arbete för att underlätta för mindre leverantörer att kunna inleda samarbete och lämna gemensamma anbud på stora kontrakt genom att tillhandahålla standardiserade samarbetsavtal eller matchning av lämpliga samarbetspartners.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> LOU 3 kap. 5 §.

<sup>290</sup> LOU 11 kap. 12 §.

<sup>291</sup> EIM 2004-03-22 s. 79, EIM 2004-03-22 s. 85, Kommissionen, Small Business Act for Europe s. 8.

### 6.5.12 Nationell policy

En nationell policy för de statliga myndigheterna för användning av samhällsnyttiga krav som miljömässiga och sociala krav, hur små och medelstora företag och innovativa företag ska kunna medverka i upphandling på ett framgångsrikt sätt m.m.<sup>292</sup> Detta kan bidra till en större tydlighet och att en standardiserad kravnivå fastställs för de statliga myndigheterna.

### 6.5.13 Balanserad användning av samhällsrelaterade krav

Frågan är om den ekonomiska köparmakten som offentlig upphandling innebär ska användas till att uppfylla samhällsrelaterade mål är omdiskuterat. Samhällsrelaterade krav innebär vanligen kostnader för leverantörer på upphandlingsmarknaden som visar sig i högre priser på nyttigheten men kan skapa vinster för samhället i stort. Det är dock mycket svårt att kvantifiera vinster i form av bättre arbetsförhållanden, minskad diskriminering eller bättre miljö i ekonomiska termer.<sup>293</sup> Lagstiftningen ger utrymme för att ta hänsyn till samhällsnyttiga krav.<sup>294</sup>

## 6.6 Åtgärder övervakning

Åtgärder består i att sänka kostnader som orsakas av regelöverträdelser samt att utforma ett övervakningssystem med högre precision och verkningsgrad. Viktiga åtgärder kan vara att öka insyn för att skapa starkare incitament att följa reglerna, effektivare sanktioner, bättre extern och intern tillsyn, ändra regler till att vara mer anpassad till den praktiska arbetssituationen och öka kompetensen hos upphandlare samt slutligen bättre kvalitet på kontraktsunderlag. Ur ett rättsekonomiskt perspektiv har övervakningen till uppgift att skapa ett sådant förtroende för upphandlingsmarknaden att leverantör anser det vara motiverat att delta i tävlan om offentliga kontrakt. Skyddsniån för leverantörer ska således vara tillräckligt hög för att en effektiv konkurrens skapas. En högre skyddsniån är tänkbar givet att det inte inverkar negativt på marknadsfunktionen.

### 6.6.1 Förändring överprövningsregler

### 6.6.2 Ökad samordning av upphandling

Ytterst är syftet med reglerna om rättsmedel att säkerställa att målet med upphandlingsreglerna uppnås. I första hand bör förebyggande åtgärder genomföras som förhindrar att en upphandling överhuvudtaget sker på ett önskat sätt

<sup>292</sup> NUTEK R2006:21 förordet.

<sup>293</sup> SOU 2006:28 s. 370.

<sup>294</sup> Exempelvis LOU 15 kap. 7 och 14 §§.



överhuvudtaget. Exempelvis kan en hög processbenägenhet vid upphandling vara en följd av en komplicerad och detaljerad lagstiftning.<sup>295</sup> Regelförenkling kan medföra färre överprövningar av två skäl, det ena att det blir färre regler som kan bli föremål för överträdelser och det andra är om en regelförenkling innebär att rättsläget blir klarare och att överprövningar p.g.a. okunskap om rättsläget minskar. Den nuvarande utformningen av överprövning innebär att endast leverantörer har talerätt, vilket innebär att dessa kan sägas ha ansvar för att upprätthålla övervakningen. En nackdel med detta är övervakningen kan ha en dålig precision eftersom en leverantör kan välja respektive avstå från att överpröva där ett motsatt beslut hade varit objektivt motiverat. Å ena sidan kan de skäl en leverantör har till att begära överprövning vara rent opportunistiska. Å andra sidan kan en leverantör avstå från överprövning p.g.a. rädsla för svartlistning och sämre chans att vinna framtida affärer. Detta kan motivera att en tillsynsmyndighet har talerätt och kan bidra till att upprätthålla en preventiv funktion. Det har dock påpekats att en alltför ensidig användning av repressiva åtgärder kan vara kontra-produktivt.<sup>296</sup> Nuvarande utformningen av övervakning och kontroll av upphandling medför kostnader för både leverantörer och upphandlande myndigheter i form av tid, kostnader och osäkerhet vid utdragna överprövningsprocesser. Om kostnaderna för övervakning är alltför hög måste bedömas utifrån den nytta som uppstår. Någon utvärdering av överprövningens nytta utifrån dess reparativa och preventiva funktion har inte genomförts i Sverige. Frågan är hur en förändring ser ut som innebär att upphandlingsprinciperna uppnås med lägre kostnader och färre nackdelar jämfört med dagens situation, d.v.s. hur ser sammansättningen av skyddsfunktioner ut som både skapar tillräcklig hög skyddsnivå och minimerar transaktionskostnader? Utformning av regler för rättsmedel är beroende på hur förfaranderegler och övriga institutioner som syftar till att uppnå upphandlingsprinciperna är utformade. En minskad talerätt för leverantörer avseende överprövning kan kompenseras av ökad insyn vid upphandling, talerätt för tillsynsmyndighet med effektiva sanktionsmedel, förbättrade möjligheter till intern tillsyn samt en omdirigering av den reparativa funktionen till att ske via skadeståndstalan i stället för överprövning. Innan ändringarna genomfördes i LOU år 2003 fanns ett antagande att antalet överprövningar inledningsvis skulle öka för att därefter bli färre varefter aktörerna lärt sig reglerna samt att vägledande praxis utvecklats.<sup>297</sup> Det är svårt att säga om att det stämmer, även om antalet överprövningar sjönk 2007 jämfört med åren innan pekar utvecklingen för 2008 att antalet kommer att stiga igen. Frågan om ändringar av nuvarande system för övervakning skiljt sig markant mellan de olika muntliga källorna. Övervägande uttrycker upphandlare att utformningen av överprövningsinstitutet medför flera nackdelar än fördelar.

---

<sup>295</sup> SOU 2006:28 s. 287.

<sup>296</sup> SOU 1999:139 s. 223.

<sup>297</sup> Prop. 2006/07:128 s. 279.

### 6.6.3 Begränsa möjligheterna till överprövning

Begränsning av överprövning minskar antalet och kan utformas genom att ta bort tiodagarsfristen eller att möjligheterna att begära överprövning tas bort som rättsmedel för upphandling under vissa belopp. Nackdelen med begränsning av överprövningen är att kontrollfunktionen riskerar att försämrans. Därför bör inskränkningar i överprövning kombineras med andra åtgärder som förstärker möjlighet till övervakning. Vidare har talerätt för leverantörer fördelen att dessa har en insyn i upphandlingssituationen som en tillsynsmyndighet eller huvudman för en myndighet inte har praktiska möjligheter till.<sup>298</sup> En begränsning av leverantörens möjlighet att föra talan om överprövning bör inte inskränka möjligheter till skadestånd om felaktigheter vid upphandling lett till en ekonomisk skada för leverantören. Tvärtom kan ett sätt att kompensera en begränsning av överprövning vara vidgade möjligheter till skadestånd.

### 6.6.4 Förbättrade sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten

I flera sammanhang har det framförts behovet av starkare sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten för att uppnå en bättre efterlevnad av regler på upphandlingsområdet.<sup>299</sup> Generellt måste det betraktas som otillfredsställande att tillsynsmyndigheten inte har praktiska möjligheter att kunna utöva en effektiv tillsyn mot bakgrund av det starka samhällsintresset av en väl fungerande upphandlingsmarknad. En utökad tillsyn med kraftfullare sanktionsmöjligheter kan vara verkningsfullt för medvetna regelöverträdelser och leda till ökat förtroende för den offentliga upphandlingen.<sup>300</sup> En anledning till att ge tillsynsmyndigheten ökade sanktionsmöjligheter är att det sannolikt förekommer situationer där leverantörer avstår från processer för att inte försämra framtida affärsrelationer.<sup>301</sup> Stärkta sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten kan utformas på olika sätt som marknadsskadeavgift eller talerätt vid överprövning.<sup>302</sup> En tillsynsmyndighet med tillräckliga resurser och sanktionsmöjligheter kan motivera att leverantörernas talerätt för överprövning får ett mindre omfång än idag.

### 6.6.5 Förbättring av intern tillsyn

En åtgärd för att förbättra att upphandlingsreglerna följs är att skapa goda förutsättningarna för myndighetens interna kontroll. Det kan inte förutsättas att en överträdelse av upphandlingsreglerna sker med huvudmannens godkännande eller vetskap, utan felaktigheten kan begåtts av en enskild tjänsteman. Av den an-

<sup>298</sup> Trepte, *Regulating procurement*, s. 84.

<sup>299</sup> ITPS A2004:027 s. 43, SOU 1999:139 s. 330, KKV:s rapport 2007:3 s. 114.

<sup>300</sup> ITPS A2004:027 s. 41.

<sup>301</sup> SOU 1999:139 s. 179.

<sup>302</sup> SOU 1999:139 s. 327 och 330.

ledningen bör den upphandlande myndigheten få ökade möjligheter till insyn och underlag för att utvärdera och jämföra den egna verksamhetens prestation med andra upphandlande myndigheter, vilket kan uppnås med ökad och förbättrad statistik. Intern tillsyn kan förbättras genom tillgång till konkret vägledning och stöd för att kunna utveckla en effektiv upphandling. En upphandling som skett laglig behöver långt ifrån innebära att den har genomförts på ett lämpligt sätt. Myndigheter kan därför möjliggöra att klagomål på hur upphandling genomförs riktas till en del av myndigheten som ansvarar för tillsyn, exempelvis de kommunala revisorerna eller ekonomifunktionen, för att på så sätt få en återkoppling på hur myndighetens upphandling sker.

### 6.6.6 Öka insyn och offentlighet vidupphandlingar

Ökad insyn och offentlighet kring hur upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt förebygger felaktigheter. Insyn förutsätter i praktiken att förfarandet i vissa delar är skriftligt och möjligt att följa upp. I jämförelse med ett helt formlost förfarande innebär skriftlighet ökade kostnader och risk för att upphandling uppfattas som formalistiskt. Ett sätt att skapa ökad insyn och offentlighet är ett offentliggörande av tilldelningsbeslut där det framgår på vilka grunder det vinnande anbudet fått kontraktstilldelningen i ett standardiserat informationsformat som möjliggör en enkel inhämtning och sammanställning eller genom efterannonsering. Ett annat sätt är att införa nya upphandlingsformer som elektronisk auktion och dynamiska inköpssystem som innebär en hög transparens.<sup>303</sup> Förbättrad transparens kan användas för utvärdering och jämförelse mellan upphandlande myndigheter.

### 6.6.7 Marknadsundersökning

Bättre marknadsundersökning innan upphandling kan minska situationer då myndigheter gör avsteg från förfrågningsunderlag efter att anbudsutvärderingen ger att det finns alternativ på marknaden som bättre tillgodoser verksamhetens behov och som inte fångas upp av beskrivningen i förfrågningsunderlaget.

### 6.6.8 Utvärderingssystem

Ökad användning av IT-stöd för systematisk utvärdering av anbud kan vara ett värdefullt verktyg för kvalitetssäkring och för att möjliggöra en objektiv och lika-behandlande utvärdering.<sup>304</sup> Åtgärden hjälper inte i de fall som medveten avvikelser från förfrågningsunderlag. Vidare sker alltid en mänsklig värdering om det finns

<sup>303</sup> Direktiv art. 33 och 54. Dessa förfaranden är ännu inte införda i den svenska lagstiftningen.

<sup>304</sup> SOU 1999:139 s. 171.

kvalitativa kriterier i utvärderingen jämfört med om tilldelningsgrunden är lågt pris.

### 6.6.9 Preklusionsfrist

Om felaktigheter ges tillkänna vid upptäckt kan upphandlingar korrigeras i ett tidigt skede. En rättelse innan anbud lämnas och utvärderingsarbetet påbörjas minskar kostnaderna jämfört med om samma felaktighet ges tillkänna efter tilldelningsbeslutet i slutet av upphandlingsprocessen.<sup>305</sup> Därför bör det skapas incitament för leverantörer att ge tillkänna felaktigheter tidigt i upphandlingsprocessen, vilket kan ske genom att införa preklusionsfrist eller att möjligheten till överprövning upphör efter det att avtal ingås. En preklusionsfrist innebär att en omständighet måste ges tillkänna inom en viss tid för att den ska kunna göras gällande i en domstolstalan. Det har framförts att preklusionsfrist medför risk för rättsförluster för leverantörer eftersom det är först efter tilldelningsbeslut framgår hur förfrågningsunderlag tolkas och tillämpas.<sup>306</sup> Mot detta kan argumenteras att en preklusionsfrist bör kunna utformas för att fånga upp uppenbara felaktigheter samt att den upphandlande myndigheter inte har tolkningsföreträde utan ett förfrågningsunderlag ska bedömas på objektiva grunder enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer. EG-domstolen har avgjort att preklusionsfrist är förenligt med gemenskapsrätten.<sup>307</sup> Det är av intresse att se om andra medlemsstater använder sig av preklusionsfrist, vilka utformning dessa har och vad för erfarenheter som finns. En stor del av överprövningar rör förfrågningsunderlagets innehåll som är uppenbart tidigt i upphandlingsprocessen. Preklusionsfrist kan leda till färre antalet överprövningar och möjliggöra rättelse på ett tidigt stadium av upphandlingen. Omständigheten att en leverantör kan påtala omständigheter först efter besked att denna inte har tilldelats kontraktet ger upphov till uppgifter att det förekommer "okynnesöverprövningar" av leverantörer som chansar på att en domstolsprövning kan medföra att upphandlingen behöver göras om eller rättas och det kan innebära en ny chans att få kontraktet. Det kan inte uteslutas att den nuvarande utformningen av överprövning ger upphov till s.k. moral hazard, d.v.s. möjliggör ett mindre ansvarskännande beteende.

### 6.6.10 Avgifter

Idag är det inte förenat med kostnad att väcka talan om överprövning. En avgift skulle skapa en högre tröskel för att driva process, vilket sannolikt innebär färre överprövningar. Fördelen men en sådan lösning är att oberättigade domstolsprövningar kan minska. Nackdelen är en ökad risk för att välgrundade prövningar inte sker, vilket försämrar den preventiva funktionen. Kostnad i samband med

---

<sup>305</sup> SOU 2006:28 s. 287.

<sup>306</sup> KKV:s rapport 2007:2 s. 64.

<sup>307</sup> EG-domstolen C-470/99 och C-327/00.

prövning av upphandling finns i de övriga nordiska länderna. Att väcka skadeståndstalan i tingsrätt i samband med upphandling är förenat med en ansökningsavgift om 450 kr.

### 6.6.11 Förlorande part får ersätta motpartens rättegångskostnad

Som alternativ till avgifter för att väcka talan om överprövning kan en ordning som innebär att den förlorande parten får stå för motpartens rättegångskostnader införas. Åtgärden har samma för- och nackdelar som för avgifter. För förvaltningsdomstolar är avgifter en främmande företeelse eftersom de i huvudsak handlägger mål som innebär myndighetsutövning mot enskilda. Av de nordiska länderna har Finland en sådan ordning.

### 6.6.12 Tvistlösningsorgan

Att en särskild nämnd eller annat organ hanterar tvister vid upphandling kan skapa en snabbare och mer informell lösning av tvister, effektivare handläggning, enhetlig praxis, koncentration av kompetens som därmed medför lägre kostnader för parterna och samhället.<sup>308</sup> Ett sådant organ kan även innehålla företrädare för parterna från branschorganisationer och annan expertkunskap. Prövning av upphandling är till stor del bedömning av kontraktunderlag och dess utvärdering i en kommersiell situation där parterna är att betrakta som två marknadsaktörer, vilket avviker från karaktären på övriga måltyper som handläggs på förvaltningsdomstolar som annars till utslutande del rör myndighetsutövning mellan det allmänna och enskilda. Det kan även skönjas en tendens till att en egen förvaltningsprocessuell ordning utvecklas för överprövning med vissa likheter med tvistemålsprocessen. Detta vara skäl för att någon annan instans än förvaltningsdomstolar ska hantera talan om överprövning. En fördel med ett tvistlösningsorgan är att en tvist kan avdramatiseras jämfört med en process i förvaltningsdomstol. Det finns tydliga indikationer att oron för att en upphandling ska bli föremål för en domstolsprövning har en negativ inverkan på hur upphandling genomförs i praktiken. Om upphandlingsärenden avgörs i en annans instans än domstol kan det möjligen uppfattas som mindre betungande för beställaren. Utformning av instansordning kan exempelvis vara att ett beslut av ett tvistlösningsorgan kan överklagas till en utpekad kammarrätt. En variant är att tvistlösningsorganet endast ska hantera upphandlingar som inte omfattas av direktivet. Nuvarande utveckling inom statsförvaltningen går mot dock en renodling och sammanslagning av myndigheter, vilket talar emot bildandet av ett särskilt organ för upphandlingstvister. I de nordiska länderna finns särskilda organ för tvistlösning i Norge och Danmark.

---

<sup>308</sup> NUTEK R2006:21 s. 36.

## 6.7 Åtgärder kompetens, statistik och forskning

Åtgärder för detta område är att höja kompetens, förbättra statistik och främja forskning på området.

### 6.7.1 Kompetensutveckling

Samtliga källor är eniga om att bristfällig kompetens är en viktig orsak till de problem som finns på upphandlingsområdet. En höjning av kompetens är därför en väsentlig framgångsfaktor för en god upphandling. Därför bör en satsning på utbildning för både leverantör och beställare vara en angelägen åtgärd.<sup>309</sup> Åtgärder för att höja kompetens kan vidare vara en förutsättning för att genomföra många av de åtgärder som rör tillämpning. Juridisk upphandlingskompetens är inte tillräckligt för att uppnå en god upphandling utan det måste även finnas en affärs- mässig kompetens och förståelse om verksamhetens behov samt de möjligheter som finns på marknaden.<sup>310</sup> Att sätt att öka professionalismen inom upphandlar- yrket kan vara att skapa system för auktorisation eller certifiering av upp- handlare.<sup>311</sup>

### 6.7.2 Ökad samordning av upphandling

En ökad samordning inom statsförvaltningen kan skapa bättre förutsättningar för en hög beställarkompetens och sänkta kostnader.<sup>312</sup> Idag finns många upp- handlande myndigheter som inte själva är tillräckligt stora för att kunna hantera komplexa upphandlingar eller genomför utvecklingsinsatser. Samordning kan ske genom att skapa en central organisatorisk enhet för upphandlingskompetens eller en inköpscentral.<sup>313</sup> En sådan enhet kan dels genomföra samordnade upphandling och dels vara en kompetensresurs vid upphandling och medverka vid standardisering av kontraktunderlag. Utvecklingspotentialen och lärandet ökar om kompetens och erfarenhet finns samlat. Inköpscentral i meningen en avtals- slutande enhet som lagerför varor och vidareförmedlar dessa till andra myndigheter liknande en grossist synes medföra flera praktiska och juridiska bekymmer och förordas inte av någon muntlig källa. En nackdel som framhålls med samordning är det förmodligen kan riskera att utestänga mindre företag.<sup>314</sup> Mot detta kan argumenteras att det sannolikt uppstår ökade förutsättningar att upphandling utformas på sätt som främjar en god konkurrens när det finns en hög kompetensnivå. Vidare finns det större möjlighet till styrning från ledningsnivå om

---

<sup>309</sup> SOU 2001:31 s. 19, NUTEK R2008:6 s. 25 och Kommissionen, Small Business Act for Europe s. 8.

<sup>310</sup> NUTEK R2005:21 s. 7.

<sup>311</sup> SOU 1999:139 s. 141.

<sup>312</sup> ITPS A2004:027 s. 40.

<sup>313</sup> NUTEK R2006:21 s. 68.

<sup>314</sup> ITPS A2004:027 s. 40 och SOU 2006:28 s. 171.

en funktion är centraliserad jämfört med om den är utspridd på många myndigheter.

### 6.7.3 Användning av upphandlingskonsulter

Ökad användning av upphandlingskonsulter är ett sätt att höja kvalitén, särskilt vid upphandling av komplexa varor och tjänster.<sup>315</sup> Nackdel är att det kommer in ett mellanled mellan leverantör och den upphandlande myndigheten.

### 6.7.4 Riktad information till potentiella leverantörer

Olika former av stöd kan tas fram för att underlätta för beställare att delta i offentlig upphandling, exempelvis utbildningar, seminarier och konferenser.<sup>316</sup> På samma sätt som vid informationsgivning bör det uppmärksammas att offentliga initiativ riskerar att slå ut eller hindra att företag att ge sig in på marknaden.

### 6.7.5 Metodutveckling och kvalitetssäkring

Ökad satsning på ett långsiktigt och systematiskt arbete med metodutveckling och kvalitetssäkring av upphandling. Detta kan bestå i information om möjliga lösningar, stöd och rådgivning i konkreta situationer, utarbeta rekommendationer, kvalitetssäkra och standardisera kontraktunderlag, skapa checklistor och kompetensutveckling för ökad affärsmässighet.<sup>317</sup> Åtgärden kan medföra mindre osäkerhet, arbetsbelastning och öka förutsättningar för ett strategiskt upphandlingsarbete. Åtgärden tillstyrks av samtliga källor. Ett systematiskt kvalitetsarbete är sannolikt en mycket viktig förutsättning för att potentialen till förbättring av upphandling kan tas tillvara.<sup>318</sup>

### 6.7.6 Förbättra statistik

Att förbättra statistik och empiriskt underlag för upphandlingsområdet är en angelägen åtgärd för att kunna utvärdera marknads funktion och effektivitet. Grundläggande statistik är antalet upphandling, vilket värde kontraktet har, vilket varu- eller tjänsteområde det rör och hur många anbud som lämnats. Statistik bör även omfatta avrop från ramavtal eftersom dessa sannolikt utgör en omfattande del av myndigheters anskaffning och som idag står utan insyn. Det bör även definieras en mätmetod för att bedöma effektivitet vid offentlig upphandling (som exempel se avsnitt 4.2. ovan) som kan användas till benchmarking och jämförelse över tid.

---

<sup>315</sup> NUTEK R2008:6 s. 21.

<sup>316</sup> EIM 2004-03-22 s. 96 och Kommissionen, European code of Best practices s. 13.

<sup>317</sup> NUTEK R2006:21 s. 40.

<sup>318</sup> SOU 2999:139 s. 141.

Statistik kan lösas genom obligatorisk offentliggörande av annonser och tilldelningsbeslut i nationell databas eller genom standardiserat informationsformat.

### 6.7.7 Öka forskning

Ökade finansieringsmöjligheter för ekonomisk och juridisk forskning kring offentlig upphandling kan medföra en kunskapstillväxt som skapar förutsättningar för en effektivare offentlig upphandling. Upphandlingsrätten med dess nuvarande inriktning och rättsliga konstruktion är ett ungt rättsområde men med en avsevärd praktisk betydelse i samhället sett till värde, antalet berörda tjänstemän inom stat, kommun och landsting samt alla de företag som tävlar om offentliga kontrakt. Forskning är betydelsefull för att kunna föreslå förbättringar och utveckling av den offentliga upphandlingen.



## 7 Källor och litteratur

### 7.1 Offentligt tryck

Prop. 2006/07:128.

SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt.1999.

SOU 2005:4, Liberalisering, regler och marknader. 2005.

SOU 2001:31, Mera värde för pengarna. 2001.

SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler 2. 2006.

Ds 2002:21, Lärobok för regelnissar - en ESO-rapport om regelhantering vid avregleringar. 2002.

### 7.2 Europiska kommissionen

Europiska kommissionen, Grönbok Offentlig upphandling inom Europeiska unionen - överväganden inför framtiden, COM 96-883. 1996-11-27.

EIM, The access of SMEs to public procurement contracts. 2004-03-22.

Europiska kommissionen, A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future. 2004-02-03.

Europiska kommissionen, Small Business Act for Europe Report on the results of the open consultation. 2008-04-22.

Europiska kommissionen, European code of Best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts, SEC(2008) 2193. 2008-06-25.

### 7.3 Litteratur

Mercuro och Medema. Economics and the law - From Posner to post-modernism and beyond, 2:a uppl. Princeton University press, 2006.

Nilsson, Bergman och Pyddoke. Den svåra beställarrollen - Om konkurrensutsättning och upphandling i offentlig sektor. SNS förlag, 2005.

Peczenik, Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära, 1:a uppl. Nordstedts Juridik, 1995.

Trepte. Regulating procurement - Understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University press, 2004.

Nord, Kommentrar till lag (1992:1528) om offentlig upphandling i Karnov.

## 7.4 Rapporter och utredningar

Balleby Olesen, Vad kan offentliga beställare lära sig av privata? Konkurrensverket, 2008.

Företagarna, Små företag och offentlig upphandling – en problematisk relation men med enorm potential. Företagarna, mars 2008.

Företagarna, Små företags överklaganden av offentliga upphandlingar – Delrapport. Företagarna, december 2007.

ITPS A2004:027, Offentlig upphandling i EU och USA – hinder och möjligheter för små och medelstora företag. Institutet för tillväxtpolitiska studier, 2004.

Konkurrensverkets rapportserie 2007:4, Konkurrensen i Sverige. Konkurrensverket, 2007.

Konkurrensverkets rapportserie 2007:3, Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg - förslag för konkurrens och ökat företagande. Konkurrensverket, 2007.

Konkurrensverkets rapportserie 2006:4, Konkurrensen i Sverige 2006. Konkurrensverket, 2006.

NUTEK R 2006:21, Offentlig upphandling som drivkraft för innovation och förnyelse. NUTEK, 2006.

NUTEK R 2008:06, Offentlig upphandling – vad tycker företagen är krångligt? NUTEK, 2008.

NUTEK R 2005:21, Småföretag och offentlig upphandling – hinder och möjligheter för små företag att delta i offentlig upphandling. NUTEK, 2005.

Statskontoret 2002:25, En fastställd gräns för direktupphandling - Konsekvenser för småföretag. Statskontoret 2002.

## 7.5 Intervjupersoner

Olof Erixson	Svenskt näringsliv
Ulrica Dyrke	Företagarna
Nils Helling	Orust kommun
Lorentz Karlsson	Umeå universitet
Maria Laxvik	Stockholm stad
Sofia Lundberg	Umeå universitet
Tom Madell	Umeå universitet
Ylva Mannervik	Ekonomistyrningsverket
Ulf Palm	Sveriges kommuner och landsting
Hans Sundström	VERVA

## Bilaga 1

Transaktionskostnad	Beskrivning
<i>Regleringskostnad</i>	<p>De kostnader som uppstår p.g.a. den rättsliga regleringen ställer krav på kompetens och resurser för att kunna genomföra respektive delta i upphandling.</p> <p>Ju mer regleringen för upphandling särskiljer sig från affärsmekanismen för andra marknader, desto större blir denna kostnad.</p> <p>Faller på både leverantör och myndigheter men då lagstiftningen i huvudsak ger handlingsregler för beställare blir kostnaden störst för dessa.</p> <p>Jmf kompetenskostnad.</p>
<i>Rättsosäkerhetskostnad</i>	<p>De resurser som uppstår när rättsläget är osäkert, exempelvis tidsåtgång och resurser för att söka klargöra gällande rätt eller att "onödiga" överprövningar genomförs.</p> <p>Faller på både leverantör och beställare.</p>
<i>Kompetenskostnad</i>	<p>Kostnad för kompetens att genomföra en upphandling av allmän teknisk, juridisk eller kommersiellt slag som inte är unikt kopplat till en upphandlingstransaktion.</p> <p>Uppstår för både leverantör och beställare.</p> <p>Regleringskostnad är en del av kompetenskostnaden.</p>
<i>Kontrollkostnad</i>	<p>Kostnad för att bevaka att förfarandet går rätt till. Ökar om det saknas förtroende för motparten och det finns en upplevd risk om oegentligheter.</p> <p>Uppstår hos leverantörer.</p>
<i>Riskkostnad</i>	<p>Den kompensation som prispåslag som sker av leverantör för att gardera sig mot risker i form av osäkra och okända kommersiella faktorer vid affärstransaktionen, d.v.s. affärsrisk.</p>
<i>Annonseringskostnad</i>	<p>Kostnad för att publicera information om upphandling.</p> <p>Uppstår för beställare.</p>

<i>Sökkostnad.</i>	<p>Kostnad för att få information om upphandling och om upphandling är av intresse för leverantören. Tidsåtgång för att söka i flera källor och ev kostnad för att ta del av annonsdatabas/tidning.</p> <p>Uppstår för leverantörer.</p>
<i>Förfarandekostnad</i>	Kostnad för att genomföra en upphandling i form av tid och resurser.
<i>Förfrågningsunderlagskostnad</i>	Kostnad för att ta fram förfrågningsunderlag. Låga kostnader kan innebära dålig kvalitet vilket flyttar över kostnaden på leverantör samt ökad risk överprövning och kostnaderna i samband med det.
<i>Anbudskostnad</i>	<p>Kostnad för att ta fram anbud.</p> <p>Ju mer omfattande förfrågningsunderlag, desto högre anbudskostnad.</p> <p>Formaliakostnad är en del av anbudskostnaden.</p>
<i>Formaliakostnad</i>	<p>Specifik kostnad för att hantera de formkrav som ställs vid upphandling, vilket kan vara att anbudet innehåller vissa uppgifter och dokumentation, att anbudet ska försändas på visst sätt samt övriga formkrav.</p> <p>Allvarliga konsekvenser när formaliakraven inte är uppfylld, exempelvis att anbudet utesluts från fortsatt utvärdering, ökar kostnaden.</p> <p>Är en del av Anbudskostnad.</p>
<i>Leverantörskravkostnad</i>	<p>Kostnad för att uppfylla krav på leverantören avseende teknisk, yrkesmässig och finansiell kapacitet, d.v.s. inte krav riktat mot kontrakt föremålet.</p> <p>Kostnaden består dels att uppnå krav, dels för att bevisa krav (genom intyg, registreringshandling m.m.).</p>
<i>Certifieringskostnad</i>	<p>Kostnad för att skaffa eller upprätthålla en kvalitets- eller miljöcertifiering.</p> <p>Ingår i Leverantörskravkostnad</p>
<i>Utvärderingskostnad</i>	Kostnad för att genomföra utvärdering av anbud (uteslutning, leverantörskvalificering och anbudsutvärdering).
<i>Processkostnad</i>	<p>Kostnader som uppstår för processer i domstol.</p> <p>Kostnader för överprövningstalan bärs av respektive part medans (skäliga) kostnader för skadeståndstalan bärs av den part som förlorar.</p>
<i>Dröjsmålskostnad</i>	Den kostnad och osäkerhet som uppstår när upphandlingen drar ut på tiden, ofta p.g.a. överprövning eller att upphandlingen måste göras om. Kostnad för att göra en alternativ anskaffning ingår i denna kostnad.

	Kostnaden drabbar både leverantör och upphandlare.
<i>Allokeringskostnad</i>	Kostnad för att inte utnyttja resursen i avvaktan på besked om kontraktstilldelning. Ökar ju längre tid det dröjer innan en upphandlingsprocess kan avslutas.  Kostnaden drabbar den framförallt den leverantör som tilldelades det kontrakt som överprövades men även övriga leverantör som är avtalsmässigt bundna av sina anbud.
<i>Verksamhetskostnad</i>	Kostnad för att verksamheten när en vara eller tjänst anskaffas som inte är optimal för verksamheten p.g.a. funktionalitet, kvalitet eller pris. Kostnaden uppstår vid dåligt utformad upphandling.  Uppstår hos myndigheter.
<i>Korrptionskostnad</i>	Kostnad som uppstår därför att korrupcion och oegentligheter förekommer.
<i>Koordineringskostnad</i>	Den kostnad som uppstår om flera kontrakt behöver samordnas för att en upphandling har delats i mindre delar.
<i>Utebliven konkurrensvinst.</i>	Kostnader som uppstår p.g.a. av utebliven konkurrens vid upphandlingen, d.v.s. hade fler leverantörer deltagit i tävlanden kunde bättre ekonomiska villkor uppnås.  Orsaken kan vara att konkurrens inte utnyttjas som vid direktupphandling eller leverantör avstår från att tävla om offentliga kontrakt p.g.a. höga TK.
<i>Utebliven standardiseringsvinst</i>	Kostnad som uppstår därför man avstår från att utnyttja möjligheter till standardiseringsvinster.
<i>Utebliven skalfördelsvinst</i>	En kostnad som uppstår därför en stordriftsfördel inte utnyttjas exempelvis för att möjliggöra för små och medelstora företag att kunna delta i offentlig upphandling genom att exempelvis dela upp kontraktet i mindre kontrakt.
<i>Utebliven innovationsvinst</i>	En utebliven vinst som beror på att den offentliga upphandlingen inte används för att främja innovationer.  Kan uppstå därför att beställare i rädsla för att göra fel väljer traditionella lösningar som minskar risken för överprövning genom att förfrågningsunderlag är "enklare" formulerat.

	Kostnaden drabbar både leverantör och upphandlare.
<i>Allokeringskostnad</i>	Kostnad för att inte utnyttja resursen i avvaktan på besked om kontraktstilldelning. Ökar ju längre tid det dröjer innan en upphandlingsprocess kan avslutas.  Kostnaden drabbar den framförallt den leverantör som tilldelades det kontrakt som överprövades men även övriga leverantör som är avtalsmässigt bundna av sina anbud.
<i>Verksamhetskostnad</i>	Kostnad för att verksamheten när en vara eller tjänst anskaffas som inte är optimal för verksamheten p.g.a. funktionalitet, kvalitet eller pris. Kostnaden uppstår vid dåligt utformad upphandling.  Uppstår hos myndigheter.
<i>Korrptionskostnad</i>	Kostnad som uppstår därför att korrupktion och oegentligheter förekommer.
<i>Koordineringskostnad</i>	Den kostnad som uppstår om flera kontrakt behöver samordnas för att en upphandling har delats i mindre delar.
<i>Utebliven konkurrensvinst.</i>	Kostnader som uppstår p.g.a. av utebliven konkurrens vid upphandlingen, d.v.s. hade fler leverantörer deltagit i tävlanden kunde bättre ekonomiska villkor uppnås.  Orsaken kan vara att konkurrens inte utnyttjas som vid direktupphandling eller leverantör avstår från att tävla om offentliga kontrakt p.g.a. höga TK.
<i>Utebliven standardiseringsvinst</i>	Kostnad som uppstår därför man avstår från att utnyttja möjligheter till standardiseringsvinster.
<i>Utebliven skalfördelsvinst</i>	En kostnad som uppstår därför en stordriftsfördel inte utnyttjas exempelvis för att möjliggöra för små och medelstora företag att kunna delta i offentlig upphandling genom att exempelvis dela upp kontraktet i mindre kontrakt.
<i>Utebliven innovationsvinst</i>	En utebliven vinst som beror på att den offentliga upphandlingen inte används för att främja innovationer.  Kan uppstå därför att beställare i rädsla för att göra fel väljer traditionella lösningar som minskar risken för överprövning genom att förfrågningsunderlag är "enklare" formulerat.