

# Sammanfattning

Regelverket för offentlig upphandling är under ständig debatt. Av representanter för upphandlarsidan kritiserar det ofta för att vara komplicerat och försvåra en rationell hantering av uppköpen i den offentliga sektorn. Från anbudsgivarsidan framförs kritiska synpunkter på tillämpningen och anklagelser om godtycke i urvalet av leverantörer. Tillsynsmyndigheten – numera Konkurrensverket – hävdar att efterlevnaden är svag och har argumenterat för skärpningar av sanktionsrepertoaren.

Samtliga punkter i kritiken har visst fog för sig. Regelverket ska täcka en mycket bred kategori av situationer, även om vi nu har tre skilda lagar i landet för olika tillämpningsområden, och det är oundvikligt att det av vissa användare kommer att upplevas som komplicerat. Risk för godtycke och till och med korruption föreligger alltid, även om det kan vara svårt att leda i bevis att sådant har förekommit i det enskilda fallet. Det är också riktigt att ett antal allvarliga överträdelser av reglerna har skett, ibland under uppseendeväckande former. Varje utformning av regelverket blir därför en kompromiss mellan delvis motstridiga intressen. Oavsett var man lägger det gränsvärde där regelverket träder i kraft (övre gränsen för "lågt värde") kommer det att uppträda situationer i vilka de uppnådda vinsterna med en formell upphandling inte täcker kostnaderna för att genomföra upphandlingen. Omvänt kommer det att genomföras direktinköp utan upphandling som leder till högre kostnader för inköparen. Möjligheter till överklaganden och kraftfulla sanktioner kan krävas för att förhindra godtycke, samtidigt som överklagandeinstrumentet ibland kommer att missbrukas. All lagstiftning förutsätter schabloner, och schabloner leder i vissa situationer fel.

Vad man kräva är att lagstiftning och upphandlingspraxis så långt möjligt vilar på en solid grund av erfarenhetsbaserad analys. Så är dessvärre inte i alla avseenden fallet. Varken EU-regelverket

eller den nationella lagstiftningens val av gränsvärden och restriktioner har i någon större utsträckning föregåtts av jämförelser mellan transaktionskostnader och potentiella vinster. Det finns ett antal studier av vinster med konkurrensutsättning, men dessa hänför sig ofta till större förändringar, exempelvis övergång från egen regi till entreprenad, och kan därför vara svåra att använda i diskussioner om regelverket för just offentlig upphandling.

Föreliggande studie har genomförts för att i någon mån råda bot på detta förhållande. Ett antal genomförda upphandlingar i stat och kommun har analyserats relativt detaljerat för att utröna hur stora vinsterna är vid olika nivåer av konkurrensutsättning. Mot detta har ställts uppskattningar av de faktiska kostnaderna för upphandlingar av mer eller mindre formaliserat slag. Underlaget är naturligtvis begränsat, men i vissa avseenden har slutsatserna blivit så skarpa att de kan förväntas stå sig vid en framtida breddning av det empiriska underlaget.

#### *Frågor i undersökningen*

Ett antal med varandra sammanhängande frågor har ställts i undersökningen:

- *Transaktionskostnader:* Hur ser transaktionskostnaderna för inblandade parter ut, i första hand hos upphandlande instanser och leverantörer?
- *Förväntade vinster med upphandling:* Vilka vinster kan typiskt förväntas om man genomför en formell och konkurrensutsatt upphandling jämfört med ett direktinköp utan formaliserad upphandling?
- *Gränsvärden:* Svaren på föregående båda frågor ger underlag för en bedömning av vad som kan vara rimliga gränsvärden i regelverket för offentlig upphandling när upphandlande enheter kan välja upphandlingsmetod inklusive direktupphandling utan att tillämpa LOU:s regelverk. Ett grundläggande krav är att de förväntade vinsterna med en genomförd formell upphandling enligt LOU i genomsnitt ska överstiga de administrativa kostnaderna för den upphandlande instansen, men detta är inte ett tillräckligt krav; det krävs marginaler för att vinsterna ska överstiga kostnaderna i det övervägande flertalet fall.

Kostnaderna hos leverantörerna bör också på ett eller annat sätt beaktas, men man kan ha olika åsikter om huruvida de ska ha direkta effekter på valet av gränsvärde.

- *Kvalitet kontra pris:* Hur ser sambanden mellan pris och kvalitet ut i genomförda upphandlingar? Om nuvarande metoder för att hantera avvägningar mellan pris och kvalitet bedöms som otillfredsställande, vilka alternativ står i så fall till buds?
- *Ramavtal:* Det har framstått som motiverat att samla några erfarenheter och synpunkter på användningen av ramavtal i praktiken, eftersom en tämligen intensiv debatt utbrutit kring just dessa sedan de reglerats i den senaste versionen av LOU.
- *Det juridiska regelverket:* Finns en risk att regelverkets komplexitet leder till att jurister får alltför stort utrymme i upphandlingsprocessen på bekostnad av expertis på respektive sakområde? Vilka rättsmedel är befogade för att upprätthålla respekten för regelverket?
- *Potential för förenklingar:* Det övergripande syftet med arbetet har varit att undersöka om upphandlingsregelverket kan förenklas utan att huvudmålet för lagstiftningen – ekonomisk effektivitet i vid mening – går förlorat.

#### *Resultat av de empiriska undersökningarna*

Ett första resultat av undersökningen, kanske förvånande för många, är att det generellt inte finns något samband mellan pris och kvalitet i de studerade upphandlingarna. I vissa upphandlingar ökar kvaliteten med stigande pris, i andra minskar den, och i den största gruppen finns inget signifikant samband överhuvudtaget mellan pris och kvalitet. En konsekvens av detta är att priset inte kan användas som indikator på kvalitet och att kvaliteten därför måste undersökas särskilt i varje upphandling. Detta är viktigt för upphandlande instanser, eftersom större och väletablerade leverantörer ofta försöker använda sitt varumärke som signal för kvalitet och ta ut ett högre pris för detta varumärke.

En andra observation är att farhågorna för att små eller medelstora företag inte skulle kunna konkurrera om upphandlingar förefaller överdrivna. Många företag deltar aldrig i offentliga upphandlingar, men det förefaller vara tillräckligt många för att

konkurrensen ska sägas fungera. Självklart är det så att vissa upphandlingar är så stora och komplicerade att bara större företag har möjlighet att delta i konkurrensen, men detta är inget som är unikt för offentliga upphandlingar.

Huvudslutsatsen av studien är att den potentiella vinsten med formellt genomförda upphandlingar är stor. Vinsten varierar naturligtvis från upphandling till upphandling, men genomsnittsvärdet ligger så högt som mellan 20 och 25 procent av värdet, när priset i den formella upphandlingen jämförs med priset hos en slumpmässigt vald leverantör. Detta är ett högt värde men avviker inte radikalt från vad vissa tidigare studier har identifierat. En bidragande orsak till att den potentiella vinsten är relativt stor är att pris- och kvalitetsdimensionerna analyserats var för sig; eftersom pris och kvalitet tenderar att vara oberoende, kommer därför variansen i de båda dimensionerna att adderas.

En andra observation av betydelse för utformningen av regelverket är att kostnaderna för formaliserade upphandlingar hos den som upphandlar generellt är lägre än vad opinionsbildningen har tenderat att göra gällande. Skillnaderna torde bero på att man i debatten ofta inte skiljer mellan de kostnader som man har vid alla inköp och de kostnader som specifikt hänför sig till upphandlingsregelverket. En uppdragsbeskrivning ska göras i varje fall, liksom en verifiering av att ett lämnat anbud uppfyller de krav som köparen ställer. Merkostnaden beror på både graden av formalisering och antalet anbudsgivare.

Anbudskostnaderna för leverantörerna varierar ganska starkt med upphandlingen och med graden av standardisering hos de varor eller tjänster som efterfrågas. Typiskt kan de ligga kring 1 procent av upphandlingsvärdet, men i mer komplicerade upphandlingar så högt som mellan 5 och 10 procent av det förväntade värdet. Det senare förutsätter givetvis att anbudsgivaren uppfattar sig ha en ganska hög sannolikhet att få anbudet.

#### *Rekommendationer beträffande regelverket: gränsvärden*

När gränsvärdet för upphandlingsverket – vad som i dag kallas lågt värde – ska bestämmas, kan man se problemet antingen enbart ur den upphandlande instansens synvinkel eller också ur ett vidare samhällsekonomiskt perspektiv. Argument finns för båda synsätten. Gränsvärdet handlar om vilka restriktioner den offentliga

sektorn ska ålägga sig själv vid köp av varor och tjänster och kan därför sägas vara en intern fråga för sektorn att bestämma. Den producent som finner det alltför dyrt eller komplicerat att lämna ett anbud kan alltid avstå. Dessutom är det ju så att det även vid anbudsgivning inom den privata sfären är många anbud som inte resulterar i något avtal. Å andra sidan måste kostnaderna för anbud som inte resulterar i avtal på ett eller annat sätt täckas i en verksamhet, vilket talar för det samhällsekonomiska synsättet. Den offentliga sektorn har ju också ett intresse av att upprätthålla en fungerande konkurrens och bör därför se till att regelverket inte onödigtvis blir så komplicerat att potentiella leverantörer avstår från att lämna anbud.

Vid en värdering av kostnader och potentiella vinster enbart ur köparens synvinkel visar sig upphandlingar löna sig för de upphandlande instanserna redan vid relativt låga värden på de upphandlade objekten. När merkostnaderna för att följa upphandlingsregelverket jämförs med typiska vinster med konkurrensutsättning, täcks de förra av de senare redan vid nivåer i intervallet 50-100 000 kronor. Om man tar med kostnader för anbudsgivarna i kalkylen, ligger denna brytpunkt omkring 20 procent högre för en typisk upphandling.

Dessa siffror baserar sig på genomsnittliga värden i olika avseenden; som redan konstaterats kommer det alltid att uppträda fall då en formell upphandling inte lönar sig vid dessa nivåer. Man måste därför kräva väsentligt mer än att en upphandling lönar sig i medeltal; administrationskostnaderna måste täckas i den absoluta huvuddelen av fallen. Om man önskar att detta krav ska uppfyllas i två tredjedelar eller tre fjärdedelar av fallen, ska gränsvärdet sättas 2 respektive 2,5 gånger högre.

Två modeller är tänkbara. I den enklaste fastställs endast en gräns för lågt värde, ovanför vilken krav på annonserad upphandling ska gälla. I en något mer komplicerad modell tillämpas två gränsvärden. I intervallet mellan dessa ska då gälla krav på en konkurrensutsatt upphandling riktad till åtminstone tre anbudsgivare, medan krav på annonserad upphandling gäller ovanför det övre värdet.

I den första modellen är ett rimligt värde för gränsen för lågt värde mellan 150 000 och 200 000 kronor, eller 4 till 5 basbelopp, där den högre nivån ger visst utrymme för hänsyn också till anbudsgivarnas kostnader. I tvåstegsmodellen skulle rimliga gräns-

värden kunna vara drygt 100 000 kronor respektive 400 000 kronor, eller 3 och 10 basbelopp respektive.

Dessa nivåer ligger lägre än de skandinaviska grannlänternas, som för närvarande tillämpar ungefär 600 000 kronor som gränsvärde. Det förefaller dock inte som om detta värde är resultatet av några djupare empiriskt baserade överväganden.

#### *Rekommendationer beträffande regelverket: utvärderingsgrund*

När man studerar upphovet till det som av många upplevs som en hög komplexitet i hanteringen av framför allt pris- och kvalitetsavvägningar, kan man konstatera att denna ofta härrör från den upphandlande instansen själv. Det är inte bara så att de procedurer som tillämpas för sådana avvägningar är svårgenomträngliga för dem som tillämpar dem; de leder dessutom till oönskade konsekvenser och ibland till direkt orimliga resultat. Utfallet kan i vissa situationer komma att bero på anbud som inte alls har med tåtstriden att göra, och i vissa upphandlingar tillämpas kriterier som innebär att den upphandlande är beredd att betala ett oändligt högt pris för varan eller tjänsten – en uppenbar orimlighet. Upphovet till dessa felaktigheter är de relativa bedömningsskalor som oftast tillämpas när pris och kvalitet ska vägas samman.

Valet av utvärderingskriterium måste den upphandlande instansen själv göra, men lagstiftaren bör så långt möjligt eliminera risken för oönskade eller orimliga utfall. I regleringen av de kriterier som tillämpas för utvärdering bör därför i LOU skrivas in ett krav att varje anbud ska värderas endast på basis av sina egna företräden.

#### *Rekommendationer beträffande regelverket: rättsmedel*

Risken för att det juridiska regelverket blir alltför omfattande och komplicerat måste tas på allvar. Samtidigt är det så att efterlevnaden på många håll är svag, både i den kommunala och den statliga sektorn, och att detta leder till högre offentliga utgifter än nödvändigt. Rättsmedlen bör därför utvecklas.

Det råder ibland oenighet om upphandlingsregelverkets tillämpningsområde, framför allt då det gäller bolag eller stiftelser där staten har ett bestämmande inflytande. För närvarande saknas

sanktioner mot sådana instanser som bör betraktas som upphandlande i lagens mening men som inte tillämpar regelverket. Tillsynsmyndigheten bör ges möjlighet till fastställsetalan.

En andra kategori problem gäller situationer där regler inte har respekterats men där det saknas en part som finner det möjligt och intressant att föra talan mot den upphandlande instansen. Tillsynsmyndigheten bör därför ges talerätt.

Ytterligare ett instrument som kan övervägas är möjlighet till åläggande vid vite. En liknande men mycket begränsad möjlighet har visserligen funnits tidigare och nyligen avskaffats, men problemen med denna synes mer bero på en felaktig utformning. Vitesföreläggande tillämpas med framgång i konkurrens-sammanhang.

Ytterligare en möjlighet som kan övervägas är åtal för tjänstefel i samband med offentlig upphandling. Motivet för en sådan förändring är att övriga sanktioner bara drabbar den myndighet som agerar upphandlande instans och därför har begränsad träffsäkerhet; det blir antingen en intern transaktion i staten eller drabbar skattebetalarna i en kommun eller ett landsting. Tjänstefel förutsätter enligt nu gällande författning att offentlig upphandling åtminstone till vissa delar betraktas som myndighetsutövning, vilket är en omstridd fråga. En möjlighet att undvika detta problem är att släppa rekvisitet på myndighetsutövning i brottsbalken.

### *Rekommendationer till upphandlande instanser*

Som redan har konstaterats ligger mycket av förklaringen till att regelverket upplevs som komplext inte i regelverket i sig utan i tillämpningen, vilken den upphandlande instansen själv rör över. En övergripande rekommendation till upphandlande instanser blir därför att inte komplicera procedurerna i onödan utan i stället så långt möjligt välja uppläggning och urvalskriterier som rimmar med sunt förnuft.

Det finns en högst påtaglig risk för att rädslan att göra fel leder till att de som egentligen ska driva en upphandlingsprocess – de sakkunniga i den upphandlande myndigheten – överlämnar hanteringen till jurister. Detta kan leda till allvarliga fel – att vissa anbudsgivare utesluts på formella men oviktiga grunder, eller att villkor som är formella till sin karaktär tolkas av jurister och därvid får materiella konsekvenser som jurister saknar kompetens att

bedöma. Det är därför av central betydelse att säkerställa att expertis på det område som berörs garanteras en central roll genom hela upphandlingsprocessen. Detta gäller även i de fall ärendet går till rättslig prövning; domstolen måste säkerställa att prövningen i de fall den inte handlar om rent juridiska överväganden baseras på sakkunniga bedömningar.

En andra generell rekommendation till upphandlande instanser är att undvika onödig komplexitet i utvärderingskriterierna. När både kvalitet och pris ingår i bedömningen – vilket är det normala – görs för närvarande många fel som beror på att den upphandlande instansen inte förstår innebörden av de kriterier som man själv har valt i utvärderingen. Att resultatet av utvärderingen kan bero på anbud som inte har med tättstriden att göra eller att den upphandlande instansen ibland omedvetet förklarar sig beredd att betala vilket pris som helst för vissa kvaliteter är problem som kan elimineras om man tillämpar sammanvägningsformler för kvalitet och pris som bara beror på varje anbuds egna företräden.

Standardkriteriet i dessa situationer bör vara kvoten mellan kvalitet och pris, kompletterad med i förväg fastställda minimikrav på kvaliteten för att undvika att lågprisalternativ med otillräcklig kvalitet vinner anbudsgivningen. Förutom att vara enkel och lättfattlig har denna lösning fördelen av att ha starkt stöd i det underliggande EG-direktivet. Om man vill försäkra sig om att anbud med oacceptabelt lågt kvalitet ska segra tack vare ett lågt pris och därför inför en lägsta acceptabel kvalitetsnivå i anbudsunderlaget, ska en sådan restriktion ska inte påverka nollnivån för kvalitetsskalan.