

Dnr 50-504-07

Finansdepartementet  
Enheten för upphandlingsrätt  
**103 33 STOCKHOLM**

## **Upphandlingar som inte omfattas av de nya EG-direktiven för offentlig upphandling – förslag på förenklingar**

I samband med det möte som genomfördes med Enheten för upphandlingsrätt angående regelförändringar uppmanades deltagarna att inkomma med synpunkter avseende förenklingar av regelverket som rör de delar av den offentliga upphandlingen som inte är direktivstyrd och som återfinns i 15 kap i den nya upphandlingslagen. Verket för högskoleservice (VHS) vill med nedanstående kommentarer förmedla sin syn och ett antal konkreta förslag avseende förenklingar.

VHS för nedan en diskussion om vikten av att förtydliga lagstiftningen snarare än att ta bort regleringar för att på så sätt göra själva lagtexten mindre omfattande. Den grundläggande svårigheten består enligt VHS uppfattning inte i att lagtexten är omfattande, utan att den ger utrymme för tolkning i frågor som borde vara klara och tydliga. VHS uppfattning är inte att lagstiftningen bör kompliceras i onödan utan att upphandlingar med ett mindre värde kan genomföras på ett enkelt sätt. Det är dock viktigt att man, med hänsyn de grundläggande syftena med lagen, på ett tydligt sätt reglerar de upphandlingar som uppgår till större belopp. Följande konkreta förbättringspunkter diskuteras nedan:

- Direktupphandling – fastställ ett relativt högt belopp för direktupphandling, men ställ krav avseende tillvägagångssätt när de övre gränserna hanteras.
- Olika upphandlingsförfaranden – förtydliga när och hur upphandlande myndigheter kan använda sig av olika upphandlingsförfaranden i syfte att öka flexibiliteten.
- Ramavtal – använd de regler som gäller för ramavtal över tröskelvärdena, men förtydliga/nyansera dessa och skapa möjligheter att använda även andra förfaranden än de som är angivna i direktiven. Överväg även att redan i dagsläget förändra regleringarna kring överprövning kopplat till ramavtal.
- Förtydligande av krav och bevis – förtydliga skillnaden mellan krav och bevis samt hur dessa skall användas i upphandlingar

## Dnr 50-504-07

- Utvärderingskriterier – ställ krav på att utvärderingsmodeller skall anges på ett tydligt sätt redan i förfrågningsunderlaget, men att ”viktning” kan innebära andra saker än enbart procentuell fördelning.
- Annonsering – Behåll dagens krav på annonsering i offentligt tillgängliga databaser i syfte att inte begränsa konkurrensen i onödan.

## 1. Bakgrund

VHS är en avgiftsfinansierad myndighet som erbjuder tjänster i form av service och stöd till främst universitet och högskolor men även till andra statliga myndigheter. VHS tjänsteutbud omfattar verksamhetsområdena upphandling, antagningsproduktion, bedömning av utländska betyg och systemförvaltning av främst studieadministrativa system.

VHS enhet för upphandling utför uppdrag åt statliga myndigheter inom ramen för inköpsprocessen. Enheten verkar konsultativt inom hela området från analys av inköpsorganisation till implementering och hantering av avtal inklusive överprövningar. Majoriteten av de uppdrag enheten utför berör konkret utförande av upphandlingar samt rådgivningsuppdrag kopplat till att en myndighet genomför en upphandling i egen regi. Enheten för upphandlings uppdragsgivare återfinns framförallt bland mindre och medelstora myndigheter som antingen saknar egen upphandlingsorganisation, alternativt behöver tillföra expertis i någon upphandlingsfråga. VHS är dessutom en myndighet inom ramen för Statlig Inköpssamordning (SIS) och ansvarar för att genomföra förstudie, upphandling samt förvaltning av 8 statliga ramavtal.

Enheten för upphandling genomför årligen drygt 120 uppdrag för över 100 olika myndigheter. Omkring 75 av uppdragen rör genomförande av upphandlingar. Inom ramen för dessa uppdrag har VHS skapat ett brett kontaktnät på myndigheterna. Framförallt bland de personer som har upphandlingsfrågor inom sitt område, men även t.ex. administrativa chefer som ofta har upphandlingsfunktionen som en del av sitt ansvar. På grundval av den stora mängd uppdrag har VHS genom åren fått en mycket god bild av hur de enskilda myndigheterna resonerar i frågor kring offentlig upphandling och det regelverk som ligger till grund för detta. De synpunkter vi bidrar med inför det fortsatta arbetet med förenkling av de delar av den offentliga upphandlingen som inte omfattas av direktiven är således våra egna, men de baseras på ett mångårigt arbete med såväl konkreta som övergripande frågor hos ett stort antal statliga myndigheter.

## 2. VHS syn på lagstiftningen

### 2.1 Allmänt

De exempel och förslag vi ger nedan är baserade på vår samlade erfarenhet från att delta aktivt i en stor mängd offentliga upphandlingar för ett stort antal upphandlande myndigheter.

## Dnr 50-504-07

Lagen om offentlig upphandling riktar sig, i likhet med en mängd andra lagar, till en diversifierad målgrupp. Denna målgrupp består endast till en viss del av jurister och domineras av upphandlare som arbetar på myndigheter, kommuner och landsting. Upphandlare som många gånger inte har uttolkning av lagar som sin huvudsakliga samsättning, utan snarare själva arbetet med att skapa så goda villkor som möjligt för sin arbetsgivare. Det finns även en annan stor grupp intressenter som omfattas av lagen, d.v.s. anbudsgivarna/leverantörerna. Inte heller inom denna grupp av organisationer och personer har man som sitt huvudsakliga fokus att tillämpa lagen, utan fokuserar i första hand på att vinna den aktuella upphandlingen. Ovanstående innebär, i kombination med de stora värden som hanteras inom den offentliga upphandlingen, att lagtexten måste anpassas till att kunna tillämpas i det dagliga arbetet av såväl upphandlare som leverantörer. En förenkling av lagen behöver därmed inte nödvändigtvis leda till färre paragrafer, utan möjligen till motsatsen, men där respektive regel är skriven på ett mer tydligt sätt och tar hänsyn till den rättsutveckling som skett de senaste åren. Lagen bör mer ha karaktären av vägledning och stöd i upphandlingsprocessen, istället för att lämna alltför stora möjligheter till egna tolkningar utifrån oprecisa paragrafer. Stora möjligheter för tolkning är inte alltid att se som en förenkling. Nyss sagda innebär naturligtvis inte att VHS ser framför sig en detaljreglering avseende samtliga frågor i lagen. VHS uppfattning är dock att det genom en tydlig lagtext alternativt tydliga förarbeten går att undanröja många av de praktiska problem som uppstår i dagens lagstiftning.

Ytterligare en faktor som förstärker vår grundsyn att en förenkling i första hand innebär ett förtydligande av regelverket är det faktum att antalet vägledande avgöranden inom området är relativt få. Sedan flera år har majoriteten av överprövningsärendena avgjorts i länsrätten och av olika anledningar inte överklagats. Det finns dessutom ett regelverk kring överprövningar som innebär att det är upp till de leverantörer som lämnar anbud att avgöra om upphandlingen skall överprövas eller inte. Detta leder till att ett antal principiellt viktiga frågor aldrig kommer upp till prövning och rättsutvecklingen blir långsam och ensidig. Konsekvensen blir att praxis blir ännu mer svårtillgänglig för den som inte är juridiskt skolad och riskerar att leda till en situation där länsrättsavgöranden får en alltför stor påverkan på de upphandlingar som genomförs. Ett förtydligande av de regler som omfattas av 15 kap i kommande LOU skulle i viss mån råda bot på denna negativa utveckling och få positiva effekter för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Majoriteten av alla upphandlingar som genomförs, görs med stöd av just 15:e kapitlet, och är det någonstans det skulle vara värt mödan att lägga ned arbete på att bearbeta lagtexten är det inom detta kapitel.

## 2.2 Hänsyn till grundläggande principer

Utgångspunkten för de kommande reglerna avseende upphandlingar som inte omfattas av direktivet är att dessa ändå måste ta hänsyn till de grundläggande EG-rättsliga principerna. VHS uppfattning är att det inte i första hand är det omfattande regelverket som gör den offentliga upphandlingen komplicerad. Det är snarare det faktum att samtliga krav och villkor i normalfallet måste vara fastställda redan vid annonseringstillfället och att möjligheterna till förhandling, även i de fall det är formellt möjligt, är starkt

**Dnr 50-504-07**

beskurna. Dessutom får konstateras att upphandling i sig självt är en komplex process som kräver mycket tid, resurser och kompetens av den upphandlande organisationen.

Vid konstruktionen av regler måste hänsyn tas till de bakomliggande syften för regleringen av den offentliga upphandlingen som finns. Enligt VHS sätt att se det finns två huvudsakliga intressen att beakta, myndighetens respektive leverantörens. Dessa kan i förenklingshänseende i vissa stycken vara motstridiga. Skyddet för leverantören väger över med tanke på att bevarandet av konkurrens alltid varit det största skyddsintresset. I många fall är det inte reglerna i sig som upphandlare tycker är komplicerade, utan det handlar snarare om att möjligheten att fritt kunna välja leverantör i princip är oförenligt med en offentlig upphandling. De regler som återfinns i lagen skall i första hand vara ägnade att tjäna som vägledning och inte en ytterligare byråkratisering.

### **2.3 Förenkling innebär förtydligande**

Vår grundläggande syn är, som framgått av resonemanget ovan, att tydliga och klara regler krävs för att inte behöva fokusera på regelverket på bekostnad av den vara eller tjänst som skall upphandlas. Vår erfarenhet i kontakten med andra upphandlande myndigheter pekar entydigt på att det i de flesta fall är avsaknaden av tydliga regler som gör att myndigheterna blir osäkra på hur de skall hantera lagstiftningen. Detta innebär i sin tur att man lägger mer tid på att utröna formalia, än på att undersöka de mer affärs- och organisationsmässiga delarna av upphandlingen.

Enkla och tydliga regler kan stå i ett motsatsförhållande till flexibla och universellt tillämpbara regler. Detta får enligt VHS uppfattning till följd att, även om den offentliga upphandlingen skulle må bra av att regelverket förtydligades, så att fokus kunde hamna på själva anskaffningen istället, kommer det kommande regelverket aldrig att kunna vara helt entydigt. I sådant fall skulle all flexibilitet försvinna och även om man då som upphandlande myndighet kunde fokusera på själva objektet för upphandlingen, skulle möjligheterna att agera vara alltför starkt beskurna p.g.a. den ökade graden av detaljreglering. VHS förslag för att hitta en balans mellan dessa faktorer är att behålla en relativt hög abstraktionsgrad i lagtexten, men att där det är möjligt exemplifiera eller förtydliga baserat på kända problemområden. Detta skulle leda till färre överprövningar och att de överprövningar som sker fokuserar på väsentligheter och att enskilda formalia inte i onödan, oavsett om de gäller den upphandlande myndigheten eller leverantören, skall rendera i att upphandlingen skall rättas eller göras om.

Ovanstående konstateranden innebär att man i den kommande regleringen av förenklade förfaranden bör behålla även de regleringar som även återfinns i andra lagstiftningar eller som är av ordningskaraktär. Dessutom bör hänvisningarna till andra kapitel i lagen begränsas så långt det är möjligt och för läsbarhetens skull kan dessa hänvisningar tas in som text i sin helhet i 15 kap.

## 2.4 Direktupphandling

Som angivits i tidigare remissvar är VHS positiva till att man fastställer ett belopp för direktupphandling och att detta belopp är relativt högt. Den exakta summan för beloppet är av naturliga skäl svår att fastställa, men den bör hamna över 400 000 kr. Anskaffningar som rör lägre belopp i intervallet bör genomföras utan krav på formalia, precis som idag. Det är dock rimligt att en upphandlande myndighet som gör en anskaffning som närmar sig den övre gränsen har tydliga regler, som vid behov kan kommuniceras med anbudsgivarna, för vilka regler avseende inbjudande av leverantörer m.m. som skall gälla. Ur den upphandlande myndighetens perspektiv utgör detta möjligen inte en förenkling, men med tanke på de relativt sett stora belopp som denna typ av upphandlingar kan tänkas omfatta är det, sett ur ett helhetsperspektiv, en effektiv åtgärd för att säkerställa ett effektivt utnyttjande av skattemedel. Förenklingen för den upphandlande myndigheten består möjligen i att beloppet för direktupphandling höjs. Samtidigt kommer detta att kunna leda till att konkurrensen drabbas negativt, genom att färre leverantörer över huvud taget får reda på att en myndighet genomför en upphandling. Framförallt gäller detta mindre företag som har en omsättning som skulle passa bra för att genomföra ett mindre uppdrag. VHS är av denna anledning inte odelat positiv till att höja beloppet för direktupphandling alltför mycket eftersom detta riskerar att få för stora negativa konsekvenser för konkurrensen. Detta synsätt gäller även om man inför krav på de upphandlande myndigheterna att införa interna regler som går ut på att säkerställa att flera leverantörer kan ta del av direktupphandlingen. Man bör därför, innan beloppen för direktupphandling höjs alltför mycket, undersöka hur stora belopp denna typ av upphandlingar totalt omfattar. Därigenom hittar man en balans mellan handläggningsskostnaden, vilken bör vara låg, och konkurrenshänsynen.

## 2.5 Upphandlingsförfaranden

I dagens regelverk kring förenklade upphandlingar finns ett antal tillgängliga förfaranden. Det förenklade förfarandet är relativt lättillgängligt, men vad gäller övriga, d.v.s. urvalsförfarande och olika former av förhandling, är dessa endast sparsamt beskrivna i lagtext och förarbeten. En stor förenkling i form av ett förtydligande vore om man i anslutning till den nya propositionen eller t.o.m. direkt i lagtexten kunde göra förtydliganden. Dessa förtydliganden skulle i propositionen i sådant fall innehålla konkreta exempel på vad som är möjligt och beskrivningar av tillvägagångssätt. De upphandlande enheterna skulle då på ett bättre sätt kunna utnyttja alla de möjligheter lagen erbjuder för att på ett flexibelt sätt anpassa förfarandet utifrån den upphandling som genomförs.

## 2.6 Ramavtal

En viktig fråga för den offentliga upphandlingen är frågan om ramavtal. Dessa har varit omdiskuterade under ett stort antal år och det finns både positiva och potentiellt negativa aspekter av ramavtalen. VHS uppfattning är att ramavtal är både bra och nödvändiga, och att de stora värden ramavtalen representerar kräver en reglering även framöver. En förenkling av ramavtalsregleringen VHS ser består, i likhet med övriga frågor, av förtydliganden av regelverket. VHS ser dock även att reglerna för ramavtal inom ramen

## Dnr 50-504-07

för 15 kap i nya LOU bör kunna konstrueras på ett något mer flexibelt sätt än vad som är fallet för de ramavtal som regleras i direktivet. Ur den upphandlande enhetens perspektiv vore dock den största förenklingen att ta bort kraven på reglering av ramavtal och endast hänvisa till de grundläggande principerna. Det är dock tveksamt om detta gynnar de grundläggande syftena med lagen. VHS förslag avseende ramavtal baseras på följande faktorer.

Parallella ramavtal måste regleras med avseende på avropsmekanismer. VHS uppfattning är att en förnyad konkurrensutsättning i enlighet med direktiven kan vara en lämplig avropsmekanism inom vissa områden. Framförallt gäller detta situationer där avropet rör större belopp, för att inte handläggningskostnaden skall bli alltför stor. Man bör dock i propositionen och den kommande lagtexten förtydliga att en förnyad konkurrensutsättning inte är den enda avropsmekanismen. Det alternativ som framhålls till en förnyad konkurrensutsättning är många gånger en rangordning av leverantörerna. En sådan avropsmekanism kan vara lämplig att använda sig av i vissa fall, men det finns stora risker att den blir alltför oflexibel att tillämpa och leder till att den som gör avropet faktiskt inte får den bästa tjänsten/varan till det mest konkurrenskraftiga priset. Det bör därför tydliggöras att även andra avropsmekanismer kan vara möjliga att använda sig av. Detta rör främst andra former av fördelningsnycklar förutsatt att dessa uppfyller de grundläggande principerna. Man bör i propositionen tydligt ange att denna typ av fördelningsnycklar kan vara relativt öppna och flexibla i sin konstruktion och att den viktigaste faktorn är att på ett öppet sätt beskriva tillvägagångssättet och vad leverantörerna kan förvänta sig, inte att den upphandlande myndigheten s.a.s. låser fast sig i en statisk modell. En förutsättning är således att den upphandlande enheten tydligt anger avropsmekanismen och att denna inte ger utrymme för ett fritt val bland leverantörerna, så att en leverantör över huvud taget inte får möjlighet att sälja sina varor/tjänster. VHS uppfattning är att den diskussion utredaren i SOU 2005:22 fört kring ramavtal bör tas som grund för det fortsatta arbetet, men att den konkretiseras och nyanseras ytterligare. Bland annat rör detta frågan om ramavtal där en tredje part/person har ett inflytande över valet av leverantör.

Det är naturligt att även ett avrop från ett ramavtal kan överprövas. Enligt VHS uppfattning har det i princip alltid varit möjligt att begära överprövning av ett avrop för att utröna huruvida avropet skett i enlighet med ramavtalet, eller om det i själva verket rör sig om en direktupphandling. Ett ramavtal tillkommer i normalfallet p.g.a. att det rör sig om ett återkommande behov av varor eller tjänster. För att syftet med ramavtalen över huvud taget skall finnas kvar är det av yttersta vikt att man inte inför en tidsfrist för överprövning som är alltför lång. Som lagen är skriven nu kommer den vanliga tiodagarsfristen att tillämpas, vilket i många fall leder till att ramavtalen inte blir möjliga att tillämpa eftersom leveransen sker långt innan tiden för överprövning löpt ut! Vidare bör man i lagen förtydliga vilka frågor som kan vara föremål för överprövning i samband med ett avrop, d.v.s. att det rör tillämpningen av själva ramavtalet och inte ramavtalet som helhet.

## 2.7 Förtydligande av krav och bevis

VHS utgångspunkt är att det även framgent finns ett krav på skriftlighet för alla upphandlingar som inte utgörs av direktupphandlingar. VHS erfarenhet är att många av de problem som uppstår i arbetet med förfrågningsunderlaget och den senare utvärderingen av detsamma är att man blandar ihop krav med bevis. Det finns exempel på otaliga upphandlingar och överprövningar där frågan om t.ex. en komplettering av ett intyg skall vara acceptabelt eller inte, mot bakgrund av att den upphandlande myndigheten ställt ett skall-krav att intyget skall bifogas. För att i största möjliga mån undvika sådana situationer skulle VHS se det som en förenkling om man redan i lagtexten tog in en bestämmelse som redogjorde för skillnaden mellan krav och bevis. En sådan reglering skulle gå ut på att den upphandlande myndigheten skall ange vilka ovillkorliga krav som ställs på anbudsgivarna och på den vara/tjänst som upphandlas. Den skulle även innehålla en formulering om bevis samt att den upphandlande enheten skall ange hur dessa hanteras. Även om dessa frågor borde vara självklarheter för alla upphandlande enheter bör det, mot bakgrund av de många problemsituationer som uppstår kring dessa frågor, förtydligas enligt ovan.

## 2.8 Utvärderingskriterier

Vad gäller konstruktionen av utvärderingskriterier hänvisar VHS till tidigare remissvar. Den upphandlande myndigheten måste rimligtvis, för att kunna värdera sin utvärderingsmodell, ha en bild av denna redan vid konstruktionen av förfrågningsunderlaget. För att leva upp till principen om öppenhet är det ett rimligt krav att upphandlande myndigheter skall redovisa den modell som kommer att användas vid utvärderingen. Hur modellen redovisas bör kunna vara upp till den upphandlande myndigheten att avgöra, d.v.s. om man vill använda sig av en procentuell fördelning mellan kriterierna, eller om man vill ge uttryck för sambandet/förhållandet mellan kriterierna på något annat tydligt sätt. VHS uppfattning är att ordet viktning bör nyanseras av lagstiftaren så att det tydligt framgår att det inte enbart är en procentuell fördelning som kan vara aktuell, utan även andra modeller. VHS uppfattning är att en formell skärpning av dagens regler inte medför en ökad komplexitet, åtminstone inte om lagtexten kombineras med en förtydligande diskussion i den kommande propositionen, där man tydliggör olika typer av utvärderingsmodeller för att säkerställa att fokus inte hamnar på att göra matematik av utvärderingen, utan att den fokuseras på väsentligheterna i upphandlingen.


## 2.9 Annonsering

Vidare måste ett krav på annonsering finnas för att konkurrensen skall tillvaratas på ett så effektivt sätt som möjligt. I enlighet med tidigare remissvar anser VHS att det mest effektiva annonseringsförfarandet är att detta sker i en via Internet tillgänglig databas. Det är idag enkelt att genomföra en annonsering på detta sätt och säkerställer även för den upphandlande enheten att all relevant information delges i annonsen. Det vore inte en förenkling att slopa detta krav och endast kräva att annonsering sker via myndighetens hemsida eftersom detta kräver kompetens avseende sådan publicering. Dessutom skulle detta leda till att många annonser inte skulle uppmärksammas av den breda mål-

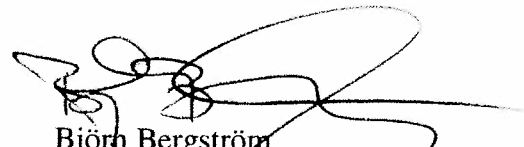
Dnr 50-504-07

gruppen, snarare lokalt och redan upparbetade kontakter, vilket skulle leda till att konkurrensen begränsas avsevärt. Man skulle möjligen kunna överväga att staten tog ansvar för själva annonseringsverktyget, men med den utveckling som skett hos bl.a. OPIC och Allego är det knappast troligt att ett statligt framtaget verktyg skulle leda till en förenkling. Om man vill uppnå en begränsning avseende antalet anbudsgivare bör man istället fokusera på reglerna kring direktupphandling, alternativt urvalsförfarandet.

I beslutet har även Johan Stern, Produktionschef och Jan Blom, Enhetschef deltagit.



Anita Johansson  
Direktör



Björn Bergström  
Upphandlingskonsult