

Socialdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt
Rickard Falkendal
103 33 Stockholm

Stockholm

Vår referens

Dnr

2012-01-27

Ulrica Dyrke

S211/10312/RU

På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73)

Företagarna vill lämna följande kommentarer till Socialdepartementet på ovanstående delbetänkande från Upphandlingsutredningen 2010.

Sammanfattning

- Företagarna anser att utredningsarbetet har bedrivits på ett förtjänstfullt sätt och välkomnar särskilt att utredningen har haft ett stort inslag av öppen dialog med olika intressenter.
- Företagarna är öppna för att hitta lösningar för ett smidigare överprövningssystem, men är emot att avgiftsbelägga överprövning.
- Företagarna förespråkar inte höjda gränser för direktupphandling. Om utredningen ändå skulle föreslå höjningar bör dessa vara måttliga och kombineras med åtgärder som värnar intresset av transparens och konkurrens.
- Företagarna instämmer i utredningens bedömning att dialogen mellan upphandlande myndigheter/enheter och leverantörsledet måste förbättras. Sådan dialog är en viktig förutsättning för att skapa ökad medvetenhet och bättre upphandlingar.
- Företagarna ser positivt på elektronisk upphandling, men vill betona att även vid elektronisk upphandling har kravställandet stor betydelse för de små företagen.
- Företagarna ställer sig positiva till utredningens avsikt att utreda möjligheterna att införa en valfrihetslösning för enskilda brukare/medborgare inom ramen för LOU.
- Företagarna anser att det i LOU bör införas en bestämmelse om att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.
- Företagarna understryker att det för små företags deltagande i offentlig upphandling är av central betydelse att de krav som ställs har koppling till och står i rimlig proportion till det som ska upphandlas. Kraven ska vidare vara möjliga att följa upp.

- Företagarna anser att de svenska upphandlingsreglerna inte bör ställa krav på att utländska arbetsgivare ska tillämpa minimilöner eller villkor som går utöver den hårda kärna som följer av utstationeringslagen.
- Företagarna anser att det är viktigt att uppmärksamma att Tillväxtverkets studier visar att bara 12 procent av de små företagen deltagit i offentlig upphandling under de senaste 12 månaderna. Detta resultat visar med kraft på behovet av att göra offentlig upphandling mer tillgängligt för små företag.
- Företagarna anser att tillgängligheten för små företag kan öka genom att fokusera på själva förhållningssättet vid utformandet av upphandlingarna, i form av bl.a. relevant och proportionerligt kravställande och rimlig storlek på kontrakten. Vi är negativa till att små företag ska kvoterats in i offentlig upphandling. Vi är även emot obligatorisk uppdelning av stora kontrakt, men är dock öppna för regler om att upphandlande myndigheter som inte delar in stora kontrakt i mindre delar måste ange skälen för detta.
- Oberoende av vilken modell för statistikinsamlande som väljs måste statistiken göras tillgänglig för alla intresserade, inklusive privata företag och forskare.

Generella synpunkter

Företagarna anser att Upphandlingsutredningen 2010 (i det följande benämnd Upphandlingsutredningen) har bedrivit sitt arbete på ett förtjänstfullt sätt utifrån sitt breda uppdrag. Vi välkomnar särskilt att utredningen har haft ett stort inslag av öppen dialog med olika intressenter.

Företagarna kan konstatera att offentlig upphandling i Sverige sker till mycket betydande värdemässiga belopp årligen. Rådande uppskattningar förefaller ligga på ett årligt värde på omkring 500 miljarder kronor. Offentlig upphandling är således av stor vikt och strategisk betydelse. Vi uppskattar att utredningen i betänkandet sätter ljuset på den strategiska betydelsen av offentlig upphandling. Vår erfarenhet är att offentlig upphandling har kommit mer i fokus under de senaste åren, vilket sannolikt åtminstone till viss del är en följd av rättsmedelsdirektivets införlivande sommaren 2010.

Eftersom den offentliga upphandlingen i Sverige är omfattande är det av stor betydelse att den offentliga upphandlingen fungerar ändamålsenligt. En grundläggande aspekt med regelverket för offentlig upphandling – som vi på Företagarna ställer oss bakom – är att offentlig upphandling ska bidra till att göra goda inköp med utnyttjande av konkurrensen på den inre marknaden. Utredningen talar om att målet för offentlig upphandling är att uppnå den goda affären. Företagarna ser dock inget motsatsförhållande mellan dessa mål, utan anser att den goda affären kan uppnås med befintliga regler genom att göra goda inköp genom tillvaratagande av konkurrensen på marknaden.

Företagarna anser att det nuvarande regelverket skapar en god grund för att i upphandlingsprocessen garantera de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens, icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Dessa grundläggande principer är av vital betydelse att värna i översynen av upphandlingsreglerna.

Företagarnas erfarenhet är att det krångel som drabbar de små företagen vid offentlig upphandling inte handlar om själva regelverket utan i allt väsentligt har sin grund i hur upphandlingarna utformas och hur kravställandet ser ut. Oroväckande är att många små företag anser att krånglet har ökad de senaste åren. För att komma till rätta med detta är det bl.a. av central betydelse att de krav och avtalsvillkor som ställs är relevanta och

proportionerliga, att man delar upp stora upphandlingar i mindre delar så långt det är möjligt samt att man får igång en dialog mellan upphandlande myndigheter och leverantörsledet.

Med detta sagt kan dock även aspekter som är hänförliga till regelverket behöva analyseras och diskuteras.

Nedan kommenterar Företagarna närmare vissa centrala delar i betänkandet. Våra kommentarer följer kronologin i betänkandet.

Prövning av upphandlingsmål i allmän förvaltningsdomstol

Upphandlingsutredningen har uppdragit åt professor Jerker Holm att göra en analys av transaktionskostnaderna vid offentlig upphandling. I fråga om transaktionskostnader i samband med överprövningar konstaterar Holm att överprövningar leder till extraarbete för de upphandlande myndigheterna/enheterna och även till förseningar avseende tillhandahållandet av vissa varor och tjänster. Han anser även att det är oroande att antalet överprövningar har ökat. Holms analys landar dock i att den totala tid som förbrukas i dessa processer ännu är tämligen begränsad och inte svår att motivera ut ett rättssäkerhetsperspektiv (s. 414).

Företagarna kan konstatera att det endast är fem procent (år 2010) av det totala antalet annonserade upphandlingar som överprövas. Mot denna bakgrund anser vi inte att överprövningsproceduren i sig kan sägas leda till mer systematiskt utbredda problem. Vi instämmer i Holms slutsats om att den totala tid som processerna tar kan motiveras. Det kan även beaktas att av de upphandlingar som överprövas ger domstolen det klagande företaget rätt i ungefär en tredjedel av målen¹. Det måste således anses finnas fog för överklagandena i en förhållandevis stor andel av fallen. Vi är mot denna bakgrund emot sådana förslag som ibland framförs i debatten om att exempelvis avgiftsbelägga överprövning i syfte att hålla nere antalet överprövningar. En sådan åtgärd skulle på ett orättfärdigt begränsa möjligheterna för överprövning och skulle särskilt drabba mindre företag med begränsade resurser.

Företagarna instämmer dock i att den totala tidsåtgången för överklagandeprocessen och även dagens spretiga domstolspraxis kan vara problematisk för de berörda. För att komma till rätta med detta handlar det, som Företagarna ser det, om att hitta en lämplig överklagandeordning. Vi är öppna för fortsatta diskussioner om att hitta lösningar för ett smidigare överprövningssystem. Av den redogörelse som Upphandlingsutredningen i betänkandet har givit av den danska Klagenämnden, framstår den danska modellen dock inte som ett effektivt alternativ. Dels innebär den avgiftsbeläggning för överklagande, dels tar handläggningstiden lång tid (i genomsnitt 194 dagar). Företagarna skulle i stället förorda att närmare analysera om man kan koncentrera upphandlingsmålen ytterligare, till en eller några få förvaltningsdomstolar.

Företagarna instämmer vidare med Upphandlingsutredningen i att det kan uppstå problematiska situationer för offentlig sektor med avtalslösa tillstånd i de fall där en upphandling överklagas och domstolsprocessen drar ut på tiden. Som utredningen framhåller kan långvariga domstolsprocesser även leda till problem för små företag, som kan ha svårt att reservera resurser och stå fast vid sina anbud under så lång tid. Vi ser mot denna bakgrund positivt på att Upphandlingsutredningen vill utreda om det under tiden från överklagande fram till dess att ett slutligt beslut föreligger är möjligt att ha

¹ Enligt Konkurrensverkets rapport ”Siffror och fakta om offentliga upphandlingar” fick klagande leverantör bifall till sin talan i 31 procent av upphandlingsmålen år 2010.

särskilda regler. Vi vill samtidigt peka på att det är viktigt att tillse att ett sådant eventuellt system inte ska kunna missbrukas.

Beloppsgränserna för direktupphandling

Upphandlingsutredningen konstaterar att frågan om beloppsgränserna för direktupphandling är omdiskuterad. Åsikter har under utredningens arbete framförts om såväl att höja gränsen som att behålla den på nuvarande nivå (dvs. 15 procent av EU:s tröskelvärden, vilket i praktiken innebär ca 287 000 kr enligt LOU och ca 577 000 kr enligt LUF). Professor Jerker Holm har på utredningens uppdrag analyserat transaktionskostnaderna vid direktupphandling och föreslår att man bör överväga att höja gränsen till mellan 20 och 40 procent av EU:s tröskelvärde. Utredningen aviserar att man i sitt slutbetänkande överväger att lägga förslag om en höjning av beloppsgränserna.

Företagarna har välkomnat införandet av i lag fastlagda beloppsgränser för direktupphandling, eftersom det skapar transparens och tydlighet om vad som gäller. I fråga om beloppsgränsernas storlek anser Företagarna att det är viktigt att ge utrymme för konkurrens i upphandlingsförfarandena, för att främja den goda affären. Man måste beakta att höga beloppsgränser för direktupphandling leder till att företag som inte är väl inarbetade på marknaden och/eller inte har tidigare etablerade kontakter med offentlig sektor löper stor risk att få begränsade möjligheter att konkurrera om kontrakten. Företagarna förespråkar av dessa skäl inte höjda gränser för direktupphandling.

I sammanhanget är det även av intresse att analysera hur stor del av upphandlingsmarknaden som faktiskt utgörs av direktupphandlingar respektive annonserade upphandlingar. Jerker Holms egna analyser ger vid handen att hela 73 procent av det totala antalet upphandlingar i dagsläget utgörs av direktupphandlingar (s. 401). Detta får anses vara en påtagligt stor andel redan i dagsläget. Om man ytterligare skulle höja beloppsgränsen bör man noga analysera vad detta skulle innebära för transparensen och konkurrensen i de offentliga inköpen.

Som ett skäl för betydligt högre beloppsgränser för direktupphandling nämns i diskussionerna att annonserade upphandlingar är förenade med betydande transaktionskostnader. En analys av dessa kostnader i förhållande till olika hypotetiska prissänkingsnivåer har gjorts av Jerker Holm. Företagarna vill i sammanhanget dock peka på att det även vid direktupphandling är förenat med transaktionskostnader i form av arbete med exempelvis behovsanalys, kravställande och avtalsskrivning. Utöver detta måste även beaktas att prisnivån vid direktupphandlingar generellt sett torde ligga högre än vid upphandlingar som konkurrensutsatts genom annonsering.

Företagarna kan konstatera att bilden av vad de små företagen vill i fråga om beloppsgränsen för direktupphandling är splittrad och att det finns företrädare för både höjd och bibehållen beloppsgräns bland de små företagen. Vi kan konstatera att många små företag anser att offentlig upphandling har blivit krångligare de senaste åren, vilket kan spela in i de små företagens syn på direktupphandling.

För det fall att utredningen trots allt skulle komma att föreslå en höjning vill Företagarna framhålla att den bör bli måttlig. Företagarna anser därutöver att man vid en eventuell höjning bör bygga in mekanismer som värnar transparens och därmed konkurrens även vid direktupphandlingar, t.ex. genom att obligatoriskt annonsera direktupphandlingar som inte är av helt ringa värde på sin hemsida. Ur ett konkurrensperspektiv är det av central betydelse för små företag att få reda på vilka affärsmöjligheter som existerar på den offentliga marknaden. Ett annat tänkbart alternativ för att söka värna konkurrens

om utredningen väljer att höja beloppsgränsen är att införa krav på att tillfråga ett visst antal företag vid direktupphandling som inte är av helt ringa värde.

Företagarna vill betona att om utredningen överväger att lägga fram förslag om ett förenklat system med höjda direktupphandlingsgränser är det viktigt att göra en analys av vilka effekter detta kan få för konkurrens och transparens.

Dialog mellan upphandlande myndigheter och företag

Som utredningen även uppmärksammar anser Företagarna att det är viktigt med en fungerande dialog mellan upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer om offentlig upphandling. Sådan dialog skapar ökad medvetenhet om och förståelse för offentlig upphandling och de olika parternas roller. Genom dialog kan även onödiga missförstånd undanröjas. Vi vill peka på att förberedande dialog i form av informationsmöten el dyl och även återkoppling efter avslutad upphandling kan vara av särskilt värde för små företag. Utöver detta är givetvis den kommunikation som regelmässigt ska ske inom ramen för en upphandling genom frågor och svar av central betydelse för företagets förståelse för förutsättningarna för den specifika upphandlingen.

Företagarna kan konstatera att förutsättningarna för att föra dialog är olika beroende på om man befinner sig före, under eller efter den offentliga upphandlingens genomförande. Vidare måste självklart dialogen ske på ett sådant sätt att likabehandlingsprincipen inte träds för när. Vi välkomnar att Upphandlingsstödet avser publicera en vägledning rörande möjligheterna till dialog.

Vi vill även peka på att dialog och förhandling är olika företeelser som inte bör blandas ihop. Förhandlingar inom ramen för offentlig upphandling kan ju i sig ha fördelar i form av exempelvis ökad flexibilitet. På minsuskontot finns risk för mer subjektivt beslutsfattande, varför det är av stor vikt att beakta likabehandlingsprincipen vid förhandlingssituationer. Utöver detta kan konstateras att förhandlingar inom ramen för offentlig upphandling i praktiken inte alltid behöver vara lätta att hantera för mindre företag med begränsade resurser.

Elektronisk upphandling

Utredningen konstaterar i betänkandet att det finns en utbredd samsyn från inblandade parter kring att elektronisk upphandling är positivt.

Företagarna kan konstatera att elektronisk upphandling gör upphandlingsarbetet effektivare, inte minst eftersom det skapar förutsättningar för effektivare hantering för de upphandlande myndigheterna/enheterna. Detta är positivt. Även för små företag finns fördelar med elektronisk upphandling, bl.a. eftersom det kan vara lättare att lämna anbud och det inte går att sända iväg ofullständiga anbud i de elektroniska systemen. Företagarna ser därför positivt på en utveckling mot ökad elektronisk upphandling.

Vi vill dock framhålla att elektronisk upphandling inte är någon generell lösning som per automatik kommer att göra allt enklare för de små företagen. Företagarna har i december 2011 i en s.k. panelundersökning tillfrågat små företag om deras erfarenheter av att kunna lämna anbud elektroniskt i offentlig upphandling. Drygt 600 företag svarade och de tre vanligaste svaren är som följer: Cirka hälften av företagen svarade att man inte hade någon erfarenhet av att lägga anbud elektroniskt. Ungefär en fjärdedel av företagen svarade att det inte spelar någon roll om anbudsformuläret är elektroniskt eller ej, utan att det är de krav som ställs som är de som avgör om det är enkelt eller krångligt.

Omkring var åttonde företagare svarade att det är enkelt och kostnadseffektivt att kunna lämna anbud elektroniskt. Dessa svar utesluter givetvis inte satsningar på elektronisk upphandling, men visar att man även fortsatt måste arbeta med att förbättra kravställandet för att de små företagen på bredare front ska uppleva att satsningarna innebär konkreta föreklingar för deras del.

Företagarna vill i sammanhanget även peka på vikten av att de elektroniska upphandlingssystem som tillhandahålls är brett tillgängliga teknikneutrala. För att små företag ska kunna delta i elektronisk upphandling är det av central betydelse att de tekniska lösningar som byggs upp kan kommunicera med varandra. Det är inte ekonomiskt eller praktiskt möjligt för ett litet enskilt företag att investera i olika tekniska lösningar för att kunna delta i olika elektroniska upphandlingar.

Ramavtal

Utredningen fångar i sitt betänkande upp olika frågeställningar kopplade till samordnade ramavtalsupphandlingar. Utredningen bl.a. att man överväger att föreslå ytterligare åtgärder i syfte att öka de mindre företagens möjligheter att delta i upphandlingar inom den statliga inköpssamordningen. Detta är något som Företagarna ställer sig positivt till.

Företagarna kan konstatera att utformningen av ramavtalsupphandlingar har stor inverkan på de små företagens möjligheter att vara med och tävla om kontrakt med offentlig sektor. Vi har ett utbrett och till synes växande användande av samordnade ramavtalsupphandlingar i Sverige. Samordnade ramavtalsupphandlingar rör normalt stora kontrakt som löper över flera år. Av särskild betydelse är därvid den statliga inköpssamordningen. Stora, samordnade ramavtal kan riskera att helt omöjliggöra för små företag, som av naturliga skäl ofta har svårt att vara med och konkurrera när det ställs krav på exempelvis stora volymer eller stor geografisk täckning.

Om endast ett fåtal leverantörer antas vid sådana stora upphandlingar kan konkurrensen på marknaden vara kraftigt försvagad efter några år. I Företagarnas rapport "Stora upphandlingar och små företag" (jan 2011) redovisas att 15 procent av de små företagen – eller i konkreta tal omkring 5 400 företag - avstår från offentlig upphandling av det huvudsakliga skälet att upphandlingarna är för stora.

Företagarna vill i sammanhanget betona att det av direktivet för den klassiska sektorn² och även av förarbetena till LOU³ framgår att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Företagarna anser att en uttrycklig bestämmelse om detta bör införas även i lagtexten.

Företagarnas utgångspunkt är att man som upphandlande myndighet som huvudregel bör genomföra egna upphandlingar. Sådana separata upphandlingar blir mer småskaliga, vilket i sig skapar förutsättningar för rimligt kravställande som gör det möjligt för små företag att delta. Samordnade ramavtalsupphandlingar bör användas med stor restriktivitet och endast om det bedöms leda till bättre slutresultat för de berörda myndigheterna. Som utredningen redovisar på s. 124 pekar studier från bl.a. Mats Bergman på att samordnade ramavtalsupphandlingar kan medföra att den goda affären går förlorad för de deltagande myndigheterna.

² Direktiv 2004/18/EG artikel 32.2 sista stycket

³ Prop. 2006/07:128, s. 172

Samtidigt är vi medvetna om att många mindre upphandlande myndigheter/enheter kan behöva samordna sig med andra upphandlande myndigheter för att få in nödvändig upphandlingskompetens. Detta har vi förståelse för. Företagarna vill dock understryka att sådan samordning inte per automatik även bör leda till sammanslagning av upphandlingarna i stora gemensamma ramavtal. Man bör i stället så långt möjligt göra det möjligt att lägga anbud på mindre delar i dessa upphandlingar.

Företagarna anser att en naturlig utgångspunkt vid alla större upphandlingar bör vara att så långt möjligt dela upp upphandlingarna i delkontrakt, produktmässigt eller geografiskt. Genom ett sådant tillvägagångssätt kan även den kompetens som de många små företagen besitter tas tillvara i upphandlingarna. På så sätt skapas utrymme för mångfald, konkurrens och långsiktigt goda affärer.

På olika håll framförs förslag om att det ska göras obligatoriskt att dela upp stora kontrakt i mindre delar. Företagarna förordar dock inte detta, eftersom det i den specifika upphandlingen kan visa sig inte vara ändamålsenligt. Vi ställer oss dock positiva till regler som innebär att de upphandlande myndigheter/enheter som väljer att inte dela upp stora kontrakt i mindre delar ska redovisa sina skäl för detta.

Utöver detta vill Företagarna framhålla att vi anser att den statliga inköpssamordningens verksamhet inte bör finansieras genom avgiftsuttag från leverantörerna, utan i stället bör finansieras genom anslag.

Antalet ramavtalsleverantörer

I övrigt kan konstateras att såväl utredningen som regeringen har tagit ställning för att artikel 32.4 i det klassiska direktivet ska ändras så att det blir tillåtet att teckna ramavtal med valfritt antal leverantörer. Företagarna har inget att invända mot en sådan förändring. Vi förstår att dagens situation, där ramavtal får tecknas med antingen en eller minst tre leverantörer, kan skapa onödiga problem.

Ramavtalsreglerna och sociala tjänster

Utredningen överväger att närmare utreda om det finns behov och möjligheter att införa ytterligare förtydliganden eller t.o.m. undantag från ramavtalsbestämmelsernas krav vid avrop av sådana tjänster, som behöriga beslutsfattare i kommuner bedömer vara nödvändiga mot bakgrund av sociallagstiftningens krav och den enskildes behov. Företagarna har förståelse för att en sådan översyn kan behöva göras och har inga invändningar emot detta.

Uppföljning och utvärdering

Upphandlingsutredningen konstaterar att det finns stora behov av ökad vägledning och förbättrade verktyg för att genomföra uppföljnings- och utvärderingsarbete i fråga om upphandlade kontrakt. Företagarna instämmer till fullo i att detta vore mycket önskvärt, eftersom det tyvärr finns utbredda brister i dessa avseenden i dagsläget. Bättre uppföljning och utvärdering är av värde såväl för upphandlande myndigheter/enheter som för berörda företag. Företagarna välkomnar att Upphandlingsstödet avser presentera en vägledning i fråga om utvärdering och uppföljning.

Valfrihetsystem inom LOU

Utredningen säger sig ha för avsikt att närmare analysera förutsättningarna för att införa en valfrihetslösning inom ramen för LOU avseende vissa typer av tjänster som riktas mot enskilda brukare/medborgare. Företagarna är generellt positiva till valfrihetssystem

eftersom de skapar förutsättningar för mångfald. Företagarna ser därför positivt på utredningens ambitioner att närmare analysera förutsättningarna för att införa ett valfrihetssystem inom ramen för LOU.

Vi vill i sammanhanget dock peka på att det vid avrop från ramavtal redan finns ett visst utrymme för att tillgodose t.ex. enskilda vård- eller omsorgstagares val (se prop. 2006/07:128, s. 175). Det bör analyseras om och i så fall hur dessa redan befintliga möjligheter kan tillämpas i de aktuella situationerna.

Offentlig upphandling som samhällspolitiskt styrmedel

Företagarna kan konstatera att det redan i dag finns visst utrymme för samhällspolitiska mål i offentlig upphandling. Eftersom utredningen även ska uppmärksamma de små företagens situation vill vi inledningsvis uppmärksamma att ytterligare betoning på samhällspolitiska hänsyn kan göra upphandlingsprocessen än mer komplex och svårhanterbar för de små företagen.

Företagarnas grundläggande inställning är att miljö- och sociala hänsyn primärt bör styras av samhället genom lagstiftning och inte genom offentlig upphandling. Detta eftersom generella regelverk skapar tydliga förutsättningar för berörda företag om vad som gäller. Vi anser dock att det även vid offentlig upphandling ska kunna ställas miljö- och sociala krav i de fall detta är ändamålsenligt.

Vi instämmer i utredningens slutsats att kommissionen bör ta fram en vägledning eller rapport som tydliggör i vilka sammanhang som offentlig upphandling är ett samhällsekonomiskt effektivt styrmedel i arbetet för en hållbar utveckling. På svensk basis kan nämnas att en uppdragsforskningsrapport från Konkurrensverket⁴ berör ämnet om under vilka förutsättningar det kan vara ändamålsenligt att ställa miljökrav. Företagarna kan vidare konstatera att Riksrevisionen nyligen i en rapport har uttalat att regeringens styrning av miljökrav i offentlig upphandling bör förbättras⁵.

I all offentlig upphandling gäller att de krav som ställs ska ha koppling till och stå i rimlig proportion till det som ska upphandlas. Kraven på koppling till kontraktets föremål gäller alla slags krav, även sådana krav som hänger samman med olika samhällspolitiska mål, såsom miljömål och olika sociala mål. Företagarna vill betona att utan en sådan koppling är risken uppenbar att de offentliga upphandlingarna blir avsevärt mer svårförutsebara och godtyckliga – vilket skulle vara till betydande nackdel för de små företagen och därmed även för konkurrensen. Företagarnas studier visar att irrelevanta krav tyvärr är vanligt förekommande. Våra undersökningar visar även att de irrelevanta kraven innebär uppenbara hinder för många små företag⁶.

Det kan konstateras att det pågår en diskussion om huruvida det är tillåtet att i offentliga upphandlingar ställa krav som är mer långtgående än vad som följer av minimi- respektive fullharmoniserad lagstiftning inom EU. Företagarna anser att det är viktigt att denna fråga klagörs och uppskattar att utredningen avser analysera detta närmare. Ytterst behövs klagöranden från auktoritativa instanser på EU-nivå och Företagarna välkomnar att såväl utredningen som regeringen har begärt förtydliganden från EU-kommissionen.

⁴ Konkurrensverket Uppdragsforskningsrapport 2009:1 - Miljöhänsyn i offentlig upphandling

⁵ RiR 2011:29 - Miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?

⁶ Företagarnas rapport ”Offentlig upphandling – något för små företag?” (juli 2011) visar att 80 % av småföretagen anser att det ställs irrelevanta krav vid offentlig upphandling och 41 % säger att de avstår från att lägga anbud till följd av irrelevanta krav.

Företagarna vill även betona att de krav som ställs vid offentlig upphandling måste gå att följa upp och att den upphandlande myndigheten måste ha möjlighet att genomföra sådan uppföljning. Utredningen konstaterar dock att denna princip inte efterlevs i praktiken (s. 227). Företagarna anser att detta är beklagligt och problematiskt. Krav som ändå inte kontrolleras riskerar att bara bli ett spel för gallerierna som snedvrider spelplanen för företagen. Sådana krav bör överhuvud taget inte ställas.

Företagarna anser, i likhet med utredningen, att det behövs satsningar på upphandlingsstödande åtgärder för att skapa goda förutsättningar för relevant och proportionerligt kravställande och ändamålsenlig uppföljning i fråga om miljö- och sociala krav. Företagarna anser att ett sådant upphandlingsstöd bör samlas i en organisation, för tydlighet gentemot omvärlden och effektivt utnyttjande av resurser.

I övrigt noterar Företagarna att Upphandlingsutredningen på s. 199 framhåller att EU:s upphandlingsdirektiv även fortsättningsvis endast bör reglera hur upphandlingsförfarandet ska gå till och inte även vad som ska upphandlas. Detta välkomnas av Företagarna.

Företagarna instämmer i övrigt med utredningen i att det skapar problem för många företag att det ställs olika typer av miljö och sociala krav i olika länder och att detta leder till svårigheter för leverantörer att anpassa sina produkter på ett bra sätt. Harmonisering av de olika ländernas lagstiftning är av stor betydelse för att komma till rätta med dessa problem.

Upphandlingsstöd

Företagarna konstaterar att Upphandlingsutredningen i olika sammanhang i betänkandet återkommer till behovet av upphandlingsstöd. Företagarna instämmer i detta. Genom stödjande funktioner och vägledning kan mer ändamålsenliga upphandlingar genomföras runt om i landet. Detta leder sammantaget till att goda affärer kan uppnås.

Företagarna är av uppfattningen att det statliga upphandlingsstödet bör samordnas på en och samma myndighet. Det gör det lättare att hitta rätt för både upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer som söker upphandlingsstöd. Genom en effektiv, tydlig och kompetent stödfunktion skapas förutsättningar för rättssäkra, effektiva och väl genomförda upphandlingar. Detta är av stort värde för små företag som deltar i offentliga upphandlingar.

Innovationsvänlig upphandling

Företagarna anser att innovationskraft är en viktig drivkraft för samhällets utveckling. Genom innovationer tas nya idéer till vara vilket i förlängningen leder till nya och/eller växande företag, nya marknader och ökad tillväxt. Det är därför viktigt att offentlig upphandling utformas så att nya innovativa lösningar inte utestängs eller missgynnas. Genom att satsa mer på förberedelsearbete och marknadsundersökning inför kommande upphandling torde man enligt Företagarnas mening kunna komma en god bit på vägen för att fånga upp den utveckling som sker inom det ifrågavarande varu- eller tjänsteområdet.

Företagarna instämmer i utredningens bedömning att innovationsvänlig upphandling redan i dag kan ske inom ramen för gällande upphandlingslagstiftning. Vi anser att detta alltjämt bör vara den primära vägen att gå för att uppmuntra innovationer i offentlig

upphandling. Genom att använda funktionsbeskrivningar i stället för detaljerade krav kan man stimulera sådant nytänkande och innovationer. Användandet av sådan funktionsupphandling är ganska begränsat i dagsläget, men erbjuder en potential för upphandlande myndigheter/enheter som vill inspirera till innovationer. Vidare kan konstateras att systemet med konkurrenspräglad dialog kan vara ett verktyg för att ta sig an komplexa upphandlingar inom områden som fordrar nya lösningar.

I mångt och mycket handlar det sannolikt om de upphandlande myndigheternas/enheternas resurser, kunskaper och attityder till att pröva alternativa lösningar för att uppnå identifierade behov. Företagarna kan konstatera att det kan vara en krävande uppgift för de upphandlande myndigheterna/enheterna att genomföra innovationsvänlig upphandling, vilket ställer krav på särskild kompetens. Mot denna bakgrund ställer sig Företagarna bakom att satsningar görs på upphandlingsstöd i fråga om innovationsvänlig upphandling.

Med anledning av utredningens skrivningar på s. 232 ff vill Företagarna avslutningsvis peka på att all innovationsvänlig upphandling inte leder fram till ”gröna innovationer”. Innovationsvänlig upphandling kan givetvis i många fall handla om att fånga upp nya, miljömässigt hållbara lösningar. Dock har alla innovationsupphandlingar inte ett sådant syfte, utan kan även handla om utveckling och nytänkande med andra dimensioner såsom exempelvis teknisk utveckling, utvecklandet av nya lösningar på tjänsters utförande etc. Detta bör beaktas i utredningens fortsatta arbete.

Krav på kollektivavtal och ILO:s kärnkonventioner

Med anledning av utredningens avsnitt rörande kollektivavtal vill Företagarna framföra att utstationeringsdirektivet är tillämpligt i alla situationer då en arbetsgivare från en EES-stat utstationerar arbetstagare till Sverige – oavsett om arbetsgivaren deltar i en offentlig upphandling eller ej.

Företagarna kan konstatera att den svenska utstationeringslagen inte reglerar någon nivå på minimilöner. Först om den utländska arbetsgivaren tecknar kollektivavtal blir således minimilönerna tillämpliga. Mot denna bakgrund kan det, enligt vår mening, inte finnas något utrymme att kräva av utländska arbetsgivare som deltar i offentlig upphandling att de ska tillämpa minimilöner innan de har tecknat kollektivavtal.

En situation där Sverige har olika upphandlingsregler beroende på om en utländsk arbetsgivare deltar eller inte är praktiskt olämplig och inte heller önskvärd. De svenska upphandlingsreglerna bör därför inte ställa krav på att utländska arbetsgivare ska tillämpa minimilöner eller villkor som går utöver den hårda kärna som följer av utstationeringslagen.

Arbetsrättsliga villkor och underleverantörer

Upphandlingsutredningen anser att det följer av allmän avtalsrätt att huvudleverantören ansvarar för eventuella underleverantörer som anlitas för att fullgöra ett upphandlat kontrakt. Samtidigt gäller den upphandlande myndighetens kontrakt i förhållande till huvudleverantören. Utredningen gör bedömningen att detta leder till att myndigheten ska vända sig till huvudleverantören med eventuella klagomål som avser brister i underleverantörens utförande. Huvudleverantören får i sin tur reglera förhållandena mellan sig och underleverantören. Företagarna delar utredningens bedömning.

ILO-konvention 94

Utredningen uttalar att den inte kommer att behandla frågan om ratifikation av ILO-konvention 94 som förbjuder social dumpning vid offentlig upphandling. Utredningen gör bedömningen att detta ligger utanför utredningens uppdrag. Företagarna instämmer med utredningens bedömning. Vi noterar även att European Surveillance Authority (ESA) har inlett ett överträdelseförfarande mot Norge för deras ratificering av ILO-konventionen år 1996 och med argumentationen att ratifikationen står i strid med den grundläggande friheten att tillhandahålla tjänster och även med utstationeringsdirektivet.

Upphandling eller bidragsgivning

Upphandlingsutredningen säger sig ha för avsikt att försöka klarlägga vad som skiljer offentlig upphandling från bidragsgivning. Detta välkomnas av Företagarna, som ser positivt på sådana rättsliga klargöranden.

Små och medelstora företags medverkan i offentliga upphandlingar

Företagarna, som är en intresseorganisation för små företag, kan konstatera att små företag inte deltar i offentlig upphandling i sådan utsträckning som vore möjligt och önskvärt.

Vi uppskattar att Upphandlingsutredningen har försökt gå till grunden med de små företagens deltagande, bl.a. genom att uppdra åt Tillväxtverket att genomföra en studie.

Tillväxtverket har redovisat sina resultat i rapporten ”*Företagens villkor och verklighet 2011*”. Enligt denna rapport har ungefär 12 procent av småföretagen med 0–49 anställda deltagit i en offentlig upphandling de senaste 12 månaderna. Studien visar även att motsvarande siffra för de medelstora företagen med 50–249 anställda är 43 procent.

Företagarna anser att detta resultat är mycket viktigt och förtjänar att uppmärksammas i Upphandlingsutredningens delbetänkande. I betänkandet redogörs, så vitt Företagarna kan se, enbart för att 34 procent av de små företagen har lagt ett anbud under året (s. 257). Företagarna vill dock uppmärksamma att denna siffra inte handlar om hur stor andel av de små företagen som deltar i offentlig upphandling. Denna siffra handlar i stället om hur många anbud de totalt 12 procent som faktiskt deltar i offentlig upphandling har lagt under året. I det avseendet är det 34 procent av småföretagen som har lagt *ett* anbud under det gångna året, vilket ju förstås kan vara av intresse att känna till. Den mest relevanta och intressanta siffran i sammanhanget är dock, enligt vår mening, de små företagens deltagande totalt sett, vilket således ligger på 12 procent, enligt Tillväxtverkets studier. Detta bör uppmärksammas i utredningens fortsatta arbete.

Noteras kan att denna siffra är betydligt lägre än den undersökning som Företagarna presenterade i juli 2011⁷ och som landade i att 27 procent av de små företagen deltar. Det kan noteras att frågeställningarna i våra respektive undersökningar dock inte är helt identiska. Tillväxtverkets studie fångar upp små företag med 0-49 anställda, medan vår studie baseras på 1-49 anställda. Vidare fångar Tillväxtverkets rapport upp de små företagens deltagande i offentlig upphandling under det senaste 12 månaderna, medan vår studie handlar om deras deltagande mer generellt, utan tidsbegränsning. Dessa olikheter kan förklara en del av skillnaderna i resultaten. Tillväxtverkets studie omfattar dock ca 20 000 svarande företag, vilket ger den studien stor tyngd i förhållande till vår studie som omfattar omkring 1 250 företag. Mot denna bakgrund finner Företagarna att

⁷ Företagarnas rapport ”Offentlig upphandling – något för små företag?” (juli 2011)

Tillväxtverkets resultat med ännu större kraft visar på behovet av att göra offentlig upphandling mer tillgängligt för de små företagen.

I debatten framförs ibland förslag om att uppställa en viss kvot av offentlig upphandling ska tilldelas små företag. Som utredningen skriver stöds detta inte av Företagarna. Sådana modeller skulle strida mot den grundläggande principen om likabehandling och skulle i praktiken sannolikt även vara svåra att tillämpa. Företagarna anser i stället att offentlig upphandling måste utformas på ett sådant sätt att små företags deltagande möjliggörs. Det är ett faktum att 99 procent av alla företag i Sverige är små. Små företag utgör en mycket betydande del av marknaden och är således betydelsefulla för konkurrensen i de offentliga upphandlingarna.

Företagarnas erfarenheter är att hindret för de små företags deltagande inte ligger i upphandlingslagstiftningen i sig. Problemen för de små företagen uppstår i stället vid de faktiska utformningarna av upphandlingarna, vilket i allt väsentligt inte styrs av regelverket. Vi noterar att detta även styrks av Tillväxtverkets studier. För att komma till rätta med de små företags situation vid offentlig upphandling bör man därför fokusera på förhållningssättet och inte på regelverket i sig.

Enligt Företagarnas rapport "Offentlig upphandling – något för små företag?" (juli 2011) är den främsta orsaken till att små företag avstår från att delta i offentlig upphandling att det är krångligt och tar lång tid. Rapporten visar även att de små företagen upplever att offentlig upphandling blir allt krångligare, vilket är oroväckande. Den näst vanligaste orsaken att små företag inte deltar är enligt våra undersökningar att upphandlingarna är för stora.

Det krångel som de små företagen upplever är i allt väsentligt kopplat till förfrågningsunderlagets krav och villkor samt den tid det tar för dem att utifrån detta utforma ett anbud. Vilka krav och villkor som uppställs i de offentliga upphandlingarna är således av avgörande betydelse för de små företagen. Att det ställs proportionerliga och relevanta krav och avtalsvillkor och att upphandlingarna är av rimlig storlek är centrala faktorer för att små företag ska kunna vara med och tävla om kontrakten. Utöver detta är det för mindre företag angeläget med en rimlig administrativ hantering och möjligheter till dialog med den upphandlande myndigheten. En ökad medvetenhet och ett utvecklat förhållningssätt vid utformandet av upphandlingarna i ovan nämnda delar bör därför på olika sätt uppmärksammas och uppmuntras, exempelvis genom vägledningar och spridande av goda exempel. Rent generellt kan upphandlingarna även förbättras genom mer utvecklat förberedande arbete och bättre uppföljning. Den vägledning⁸ som Upphandlingsstödet nyligen presenterat fångar bl.a. upp dessa viktiga aspekter för att möjliggöra små företags deltagande vid offentlig upphandling.

Som nämnts under kapitel ramavtal anser Företagarna att det inte att det bör vara obligatoriskt att dela upp stora kontrakt i mindre delar, eftersom det i den specifika upphandlingen kan visa sig inte vara ändamålsenligt. Vi ställer oss dock positiva till regler som innebär att de upphandlande myndigheter/enheter som väljer att inte dela upp stora kontrakt i mindre delar ska redovisa sina skäl för detta.

Företagarna vill även peka på att det även är viktigt att öka kunskapen och medvetenheten hos de små företagen om offentlig upphandling. Det förtjänar att uppmärksammas att Upphandlingsstödet på sin webb har utformat bra vägledning riktad till leverantörer. Som ett led i att söka öka de små företags kännedom om

⁸ Upphandlingsstödet vägledning "Att underlätta för småföretag att delta i offentlig upphandling" (dec 2011)

offentlig upphandling har även Företagarna sedan en tid tillbaka grundläggande information m.m. om offentlig upphandling på sin hemsida för sina medlemsföretag.

För mer information om Företagrarnas syn på situationen för de små företagen vid offentlig upphandling hänvisas till våra rapporter "Offentlig upphandling – något för små företag?" (juli 2011) samt "Stora upphandlingar och små företag" (jan 2011).

Nationell upphandlingsstatistik

Utredningen konstaterar att det finns stora brister i befintlig statistik om offentlig upphandling. Företagarna instämmer i detta och anser att det är viktigt att få fram förbättrad statistik inom detta område.

Utredningen har i delbetänkandet presenterat ett gediget underlag för det fortsatta arbetet. Tre olika alternativ föreslås för framtida statistikinsamling. Företagarna har i dagsläget inte tagit slutlig ställning till de presenterade alternativen, utan ser fram emot utredningens fortsatta arbete i dessa delar. Vi vill dock framhålla att vi anser att det är viktigt att även nationella offentliga upphandlingar omfattas av statistiken, eftersom de utgör lejonparten av alla upphandlingar. Mot den bakgrunden framstår alternativ 1 inte tillräckligt.

I övrigt vill Företagarna framföra att ett framtida nytt system för statistikinsamlande bör balansera mellan intresset av dels nyttan av statistiken, dels tidsåtgång/kostnader för själva insamlandet.

Oberoende av vilken modell för statistikinsamlande som till slut kommer att väljas vill Företagarna peka på att det är viktigt att statistiken som tas fram är tillgänglig för alla intresserade. Även exempelvis privata företag och forskare bör således få tillgång till statistiken.

Företagarna

Lars Jagrén

Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert