

Svar på fråga 1. Vilka behov av förenkling och ökad flexibilitet i upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ser referensgruppen?

Kritik riktas ofta mot upphandlingslagstiftningen. Den anses av många utgöra hinder mot att göra goda offentliga affärer. Kritiken bygger i allt väsentligt på missuppfattningar. Lagstiftningen om offentlig upphandling är i sig inget hinder mot att göra goda offentliga affärer. Den ger en upphandlande myndighet mycket stora möjligheter att utforma upphandlingar och i förlängningen sina avtal på det sätt som bäst svarar mot myndighetens behov.

De upphandlande myndigheternas kompetens och arbetssätt vid genomförandet av offentliga upphandlingar är således av helt central betydelse. I detta avseende finns det tyvärr en betydande förbättringspotential på många håll i landet. Här nedan ges några exempel på sådana som skulle skapa en bättre situation för såväl upphandlande myndigheter som många leverantörer som delta i upphandlingar.

Allmänt kan sägas att dialog är av stor betydelse, både före under och efter genomförd upphandling. Att upphandlande myndigheter har dialog med aktörer och branschorganisationer etc. före upphandlingar är av särskild stor vikt för att bedöma utvecklingen inom sektorn och vilka krav på exempelvis kvalitet som är relevanta och nödvändiga.

Kvalificeringen kan upplevas som betungande, särskilt för mindre aktörer.

Upphandlande myndigheter behöver dock nästan aldrig kvalificera leverantörer. Det som idag är 11 kap. LOU – och som förmodligen kommer att bli 14 kap. och 15 kap. – behöver därför nästan aldrig tillämpas. Det urval som bestämmelserna syftar till att åstadkomma, görs bättre genom att upphandlande myndigheter ställer relevanta krav

i vad som ska bli deras avtal med en vinnande leverantör och genom att de under kontraktstiden ser till att ha dialog och uppföljning.

Upphandlande myndigheter måste veta vad de vill ha och uttrycka det i upphandlingen och i förlängningen i det avtal som den ska resultera i. Upphandlande myndigheter måste också veta vilka övriga behov de har, dvs. vad som i det enskilda fallet är viktigt och vad som inte är det beträffande t.ex. leveranstid, kvalitet, funktion och miljö. De måste omvandla sina gjorda bedömningar till avtalsvillkor, i första hand kravspecifikationen och påföljderna.

För att underlätta för små aktörer bör de upphandlande myndigheterna även se över den administrativa bördan. Om en upphandlande myndighet inte ställer kvalificeringskrav på leverantörerna, finns det ingen anledning att begära in uppgifter och dokumentation från dem. Det sänker tröskeln – både avseende kostnader och arbetsinsats – för att lämna anbud. Det ökar därmed den praktiska möjligheten för fler småskaliga leverantörer att delta i offentliga upphandlingar.

Avtal ska om möjligt alltid vara ändamålsenliga. Detta är viktigt både för kunna uppnå det avtalade resultatet– och för att avtalen inte ska bli onödigt kostsamma.

Med detta sagt är det därför tråkigt att utredningen spår på en vanföreställning om att lagstiftningen hindrar upphandlande myndigheter från att göra förenklingar i upphandlingsförfarandet. Det är tvärtom förfrågningsunderlagen som är komplicerade och omfattande, vilket är något som den upphandlande myndigheten själv styr över.

Av utredningens PM framgår att upphandlande myndigheter har behov av ökad dialog och friare former av förhandling. Vi vill understryka att det varken i nuvarande lag eller kommande proposition finns några hinder mot ökad dialog och förhandling. Upphandling i form av s.k. förenklat förfarande (nuvarande kap 15) tillåter myndigheter att förhandla, men det sker dessvärre allt för sällan. Leverantörerna till offentlig sektor är frustrerade över bristande dialog och menar att de flesta problem som finns kan lösas genom en ökad grad av dialog innan en upphandling, en aktiv dialog (t.ex. rfi och remiss) med leverantörerna under upphandlingsperioden samt uppföljning och utvärdering av leveransen.

Vad gäller fördelningsnycklar i ramavtal framgår redan av nuvarande lag att avrop kan ske efter individens önskemål. Den kommande lagen öppnar upp för individens val som fördelningsnyckel i än högre grad och möjliggör således valfrihet för individen inom ramen för ett ramavtal.

Vad utredningen avser med "möjlighet att genomföra anbudsförloppet i flera steg" är något oklart. Lagen förhindrar inte dialog och det är kanske den viktigaste parametern i detta avseende. Man bör, tvärtom mot vad sker idag, arbeta mer med tidig dialog, förfrågningsunderlag på remiss, rfi (request for information), marknadsanalyser och upphandlingar av innovationer, dvs. genomföra upphandlingen i flera steg. Det finns även redan idag olika former av tvåstegsförloppen, såsom exempelvis urvalsupphandling.

Frågan om ramavtalstidens längd har vidare uppmärksamats av utredningen. Utredningen har lyft fram att det finns ett behov av att ha längre ramavtal. Inledningsvis ska även påminnas om att det finns möjlighet, redan i nuvarande lagstiftning, att ha längre ramavtal än fyra år om det föreligger särskilda skäl. Det måste dock framhållas att avtalets längd inte garanterar brukarnas/patientens/elevernas behov av kontinuitet. Behovet av t.ex. hemtjänst, utbildningsinsatser över tid eller fast vårdkontakt upphör dessvärre sällan när ramavtalet löper ut. Detta gör att ett ramavtal, oavsett om det löper på fyra eller sex år, inte kan tillgodose behovet av kontinuitet för brukare/elever/patienter. Det finns dessutom ingen garanti att samma leverantör tilldelas kontrakt efter en förnyad ramavtalsupphandling. En fråga som man bör ställa sig i detta sammanhang är hur detta förhållande påverkar möjligheterna för innovation och löpande effektivisering.

Kontinuitet kan däremot tillgodoses genom LOV, vilket är mycket viktigt att understryka.

Vad gäller uteslutningsgrunder, finns ett antal obligatoriska och fakultativa sådana i lagen. Därutöver kan upphandlande myndigheter använda sig av de möjligheter som ges i avtalslagen och köplagen. I enlighet med dessa lagar kan en myndighet i förfrågningsunderlaget ange ett antal krav som man tycker är särskilt viktiga och om dessa inte uppfylls vara hävningsgrundande. Detta ser man dock mycket sällan.

En mycket intressant fråga är om myndigheter ska kunna snickra ihop sitt egna dynamiska inköpssystem med löpande tillträde inom ramen för upphandlingslagstiftningen och hur det i så fall ska se ut. I lagrådsremissen med förslag till nya upphandlingsregler anges att detta förfarande kan användas vid ”återkommande inköp av sådant som är allmänt tillgängligt på marknaden och som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov”. Den fråga som är intressant att ställa är hur en upphandlande myndighet kan säkerställa att det grundläggande principerna efterlevs och hur rättsmedelslagen/direktivet ska tillämpas i praktiken på denna typ av system. Vem lider skada och vem har talerätt att överklaga i ett sådant system? Tyvärr har utredningen inte givit några svar på detta varken i PM:en eller på utredningsmötet. I LOV finns däremot redan ett system för kontinuerlig anslutning till ett valfrihetssystem och ändamålsenliga rättsmedel, vilka endast kan avse den egna ansökan och inte även beslut rörande andra aktörers tillträde till systemet.

Några kommentarer till utredningens påstående om ett ökat behov av att kunna godkänna och acceptera kompletterande handlingar som inte inkommit i rätt tid. För det första ska det understrykas att det är den upphandlande myndighetens eget beslut att kräva in en lång rad handlingar, ofta som bevis för kvalificering. All denna pappersexercis kan undvikas genom att den upphandlande myndigheten sällar i kraven som ställs på leverantörerna, se ovan. För det andra ska framhållas att idag (till skillnad från 2008 då LOV skrevs) är de flesta upphandlingsförfaranden helt elektroniska. Anbud kan oftast inte skickas in utan att alla bilagor finns bifogade till anbudet. Detta medför sammantaget att behoven av att kunna komplettera handlingar till anbud är minimala och är helt beroende av den upphandlande myndighetens eget agerande.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det inte finns några hinder som inte har en lösning i befintlig lagstiftning. Det är därför högst oklart varför utredningen föreslår ytterligare paragrafer (till de knappt 1000 st. som snart ligger på riksdagens bord). Detta kommer knappast att underlätta varken för upphandlande myndigheter eller leverantörer. En konsekvens av detta blir sannolikt fler överprövningar, vilket är kostnadsdrivande. En rimlig förklaring torde kunna vara att utredningen eller regeringen vill begränsa antalet valfrihetssystem enligt LOV, vilket inte kommer att gynna de små och idéburna företagen (dvs. färre än 50 anställda). Statistik från KKV

och UH-myndigheten visar att det är de stora företagen som i relation till de antal anbud de lämnar vinner majoriteten av upphandlingarna medan de små företagen ofta lämnar anbud men mer sällan vinner.

Svar på fråga 2. Finns det särskilda aspekter att beakta utifrån utredningens uppdrag att stärka de idéburna aktörernas roll?

Som ovan framgår är LOV ett enklare sätt för små idéburna aktörer att kunna ta sig in på marknaden och vara leverantörer. I de fall där kravlistan är omfattande bl.a. på ekonomisk kapacitet och tidigare erfarenhet inom en viss tidrymd (vanligt förekommande) försvårar man för de små och idéburna företagen. I LOV-system är problemet många gånger den ekonomiska ersättning som erhålls för att driva tjänsten, det förekommer därtill allt för ofta att ersättningsnivån under pågående avtal sänks allt eftersom. Detta gör det svårt för små aktörer utan stora ekonomiska muskler att överleva svängningarna i politiska beslut.

Svar på fråga 3. Enligt förslaget ska upphandlande myndigheter fritt välja upphandlingsförfarande, vilka fördelar respektive nackdelar ser referensgruppen med detta?

Upphandlande myndigheter kan redan idag välja mellan förenklat förfarande, urvalsförfarande och selektivt förfarande (vid dynamiska inköpssystem), därtill är även bestämmelserna om direktupphandling tillämpliga. Utredningen har inte i PM:en visat vilka andra förfaranden som myndigheterna har behov av men som inte kan tillämpas. Vi kan inte se några sådana behov.

Vi vill därutöver betona att ökad flexibilitet och möjligheter att tillämpa ytterligare upphandlingsförfaranden för det upphandlande myndigheterna riskerar att innebära ökad komplexitet och bristande förutsägbarhet för leverantörerna. Detta kommer i synnerhet att drabba småskaliga aktörer med begränsade resurser att avsätta för anbudsgivning och kunskap om olika typer av upphandlingsförfaranden.

Svar på fråga 4. Utredningens förslag är avgränsat till, upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster enligt LOU. Är detta en rimlig avgränsning?

Eftersom vi inte ser behovet av ett nytt kapitel, än det som redan finns avseende hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster, se kap 19 i prop/lagrådsremiss samt LOV, lämnar vi frågan därhän.

Svar på fråga 5. Synpunkter på regleringen i övrigt?

Fler flexibla varianter i lag kommer sannolikt inte att ge förenklingar. Det som saknas är kunskap om hur myndigheterna kan använda sig av de möjligheter som LOU och LOV redan ger. Det är med andra ord förfrågningsunderlagen som skapar problem inte lagen. Genom att bl.a. i högre utsträckning fokusera på resultatet, och inte hur resultatet ska åstadkommas, kan innovationer och nya lösningar utvecklas. En resultatfokuserad upphandling/valfrihetssystem ger samtidigt mindre aktörer möjlighet att vara leverantör till offentlig sektor.

Svar på fråga 6 och 7. Synpunkter på förslaget att undanta upphandlingar under tröskelvärdet från LOU, när dessa saknar gränsöverskridande intresse? Synpunkter på regleringen av upphandlingar under tröskelvärdet som har ett gränsöverskridande intresse?

Möjligheten att undanta kontrakt under sju miljoner kronor

Civilsamhällesutredningen ansåg att det för det civila samhället organisationer finns ett flertal svårigheter när det gäller att komma ifråga för anbudsgivning inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande. Bland annat anser utredningen att det kan vara svårt för dessa aktörer att uppfylla de krav som ställs i upphandlingar av sociala tjänster samt att många av dessa aktörer brister i kunskap i fråga om gällande upphandlingsrättslig reglering samt om hur en anbudsprocess går till. Som en lösning på den beskrivna problematiken föreslår utredningen att upphandling av sociala

tjänster till ett värde av 700.000 euro, eller c:a sju miljoner kronor, helt ska undantas från upphandlingslagstiftningens bestämmelser.

Förslaget innebär uppenbara och problematiska risker för minskade möjligheter till effektiv konkurrens mellan anbudsgivare på den berörda marknaden samt ökad risk för korruption vid köp dessa tjänster.

Det aktuella förslaget är ett för svenskt vidkommande helt nytt sätt att hantera upphandling av sociala tjänster. Tidigare har i vart fall de allmänna principerna om bland annat öppenhet och likabehandling (jfr LOV) gällt när det offentliga ska köpa denna typ av tjänster, oavsett om detta sker genom annonserade förfaranden eller direktupphandling. Att utesluta de grundläggande principerna upp till så höga värden som ca 7 miljoner leder till ineffektivitet och risk för konkurrenssnedvridningar. Vi vill framhålla att de påtalade problemen att hantera offentliga upphandlingar inte är unika för idéburna organisationer. Problemen drabbar på bred front alla leverantörer oavsett driftsform som konkurrerar om offentliga kontrakt. Problemen löses inte med att kontrakt undantas från ett offentligt upphandlingsförfarande *utan genom att upphandlande myndigheter lär sig att utforma sina upphandlingar så att största möjliga antal anbudsgivare kan komma ifråga* (se fråga 1). Huvudproblemet inom upphandlingsområdet idag är arbetssättet inför, under och efter en upphandling. I det fall där dialog och kontakter tas med företag och branschorganisationer innan en upphandling annonseras blir utfallet oftast mycket bättre. Dels eftersom det förebygger problem med olika ska-krav, dels genom att antalet intresserade leverantörer ökar (de vanligaste förekommande antal anbud i en upphandling är endast två enligt KKV), samt del genom att det ger kvalitativa mått för en mer framskjuten position. Uppföljning är idag något som förekommer allt för sällan, vilket är ett bekymmer för seriösa företag och aktörer.

Vi vill påtala att om upphandlande myndigheter ges frihet att fritt välja bland leverantörer av sociala tjänster, så är det inte säkert att de per automatik skulle välja det civila samhällets organisationer. Det presenterade förslaget från Civilsamhällesutredningen är istället ägnat att försvåra för det civila samhällets organisationer att bevaka sina intressen. Eftersom det inte finns någon annonseringsskyldighet kan de inte vara säkra på att få möjlighet att delta med anbud. De fråntas även möjligheten att överpröva beslut om tilldelning där

exempelvis den upphandlande myndigheten har agerat partiskt till förmån för en annan leverantör.

Gränsöverskridande intresse

Av unionsrätten följer att det inte föreligger någon möjlighet till undantag från upphandling av sådana sociala tjänster som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande angående kontrakt som inte, eller endast delvis, omfattas av upphandlingsdirektiven angett att en upphandlande myndighet, vid bedömningen om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska beakta bland annat kontraktets föremål och värde, marknadens storlek, struktur, handelspraxis och platsen för utförandet av tjänsten.¹

Enligt EU-domstolens praxis ska ett kontrakt anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse i de fall där leverantörer i andra medlemsstater kan ha intresse av att delta i upphandlingen.² EU-domstolen har vidare i ett mål avseende direkttilldelning av en tjänstekoncession konstaterat att det ska röra sig om särskilda omständigheter, som att det aktuella kontraktet "är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende", för att det ska anses rimligt att anta att upphandlingen skulle sakna intresse för leverantörer i andra medlemsstater, se *Coname* (C-231/01), EU:C:2005:487, p. 20.

Av den av Civilsamhällsutredningen föreslagna bestämmelsen i 19 kap. 1 § 2 p NLOU framgår även att lagen inte undantar upphandlingar av sådana sociala tjänster som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Sverige har en avreglerad vård- och omsorgsmarknad med en mångfald företag och organisationer som erbjuder sociala tjänster. Av en rapport³ från revisionsfirman Grant Thornton i november 2015 framgår att det inom samtliga vårdområden

¹ Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179, 1.8.2006, p. 1.3 andra stycket.

² Se bland annat EU-domstolens dom i målen *kommissionen mot Italien* (C-412/04) EU:C:2008:102, p. 66, *kommissionen mot Irland* (C-507/03), EU:C: 2007:676, p. 30, *Coname* (C-231/03), EU:C:2005:487, p. 17 samt *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) EU:C:2000:669, p. 60-61.

³ Se Grant Thornton, "Den privata vård- och omsorgsmarknaden ur ett finansiellt perspektiv", november 2015.

existerar ett antal större aktörer vilka, helt eller delvis, ägs av enskilda och företag i andra medlemsstater. Den aktuella marknadens struktur och handelspraxis kännetecknas således av ett gränsöverskridande intresse.

Inom utbildningsområdet finns i Sverige t.ex. Anton B Nielsen-koncernen som också har verksamhet i Norge. Detta medför att det finns gränsöverskridande intressen även inom detta område.

Vidare är det högst rimligt att anta att företag med utländska ägarintressen som idag erbjuder sociala tjänster i Sverige kan ha intresse av att delta med anbud även i upphandlingar vars värde understiger sju miljoner kronor. Det är därför svårt att finna att det aktuella undantaget skulle vara tillämpligt ens i enstaka fall.

Att mot bakgrund av detta föreslå att kommunerna själva ska avgöra när det föreligger gränsöverskridande intresse är ogenomtänkt eftersom det riskerar att leda till överprövningar och ev. även överträdelseärenden mot Sverige.

Att bestämma värdet på ett kontrakt för sociala tjänster

Vi har vidare noterat att varken Civilsamhällesutredningen eller denna utredning har uppmärksammat problematiken med bestämmandet av ett kontrakts värde. Enligt välfärdsutredningens förslag ska sociala tjänstekontrakt till ett värde under sju miljoner kronor undantas lagens tillämpningsområde. Den aktuella värdegränsen är dock så låg att den knappast kommer att kunna rymma några sociala tjänster av betydelse. Idag råder det enligt 3 kap 5 § samt 15 kap. 3 a § LOU ett förbud mot att dela upp en upphandling i syftet att kringgå lagens bestämmelser. Samma bestämmelser föreslås fortsatt gälla i NLOU.⁴

Detta innebär att om upphandlande myndigheter avser att uppfylla ett kontinuerligt behov av sociala tjänster kan de inte dela upp kontrakten på kortare tidsperioder för att därigenom möjliggöra en tillämpning av det aktuella undantaget. Det föreslagna undantaget kommer därmed att sakna större praktisk betydelse och är därför inte lönt att genomföra.

⁴ Se s. 454 ff. i regeringens lagrådsremiss, ”Nya bestämmelser om upphandling”.

