

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning/OU
103 33 Stockholm

Stockholm

Vår referens

Dnr

2017-11-29

Ulrica Dyrke

Fi 2017/03767/OU

Remissyttrande - Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningens förslag

Företagarna har getts möjlighet att yttra sig över rubricerad promemoria och vill lämna följande kommentarer.

Allmänt

Valfärdsutredningen föreslog att upphandlingar av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde om 750 000 Euro (ca 6 900 000 kr) och utan ett gränsöverskridande intresse ska lämnas helt oreglerade. Företagarna var starkt kritiska till detta. Vi kan konstatera att vissa modifieringar har gjorts i förhållande till Valfärdsutredningens förslag. Företagarna anser dock att det finns betydande problem även med det nu presenterade förslaget till ett nytt kapitel 19 a i lagen om offentlig upphandling (LOU).

Företagarna är öppna för förenklingar av regelverket för upphandling kopplat till välfärdstjänster. Det är dock viktigt att de grundläggande principerna som innebär att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt där kraven är proportionerliga mot vad som ska anskaffas samt att alla leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt tillämpas även i ett sådant system. Dessa principer gäller enligt nu befintligt regelverk i kapitel 19 LOU och är av avgörande betydelse för effektiv offentlig upphandling av välfärdstjänster till nytta för det allmänna.

Företagarna har svårt att se några egentliga mervärden med det presenterade förslaget i förhållande till dagens system för upphandling av välfärdstjänster. I stället befarar vi allvarliga negativa effekter, inte minst i form av uppenbar risk för ökat godtycke i systemet. Promemorians förslag riskerar leda till urholkad rättssäkerhet samt ineffektivitet och konkurrenssnedvridningar. Därtill kommer ökad risk för korruption.

Företagarna avstyrker förslaget och anser att dessa risker noga måste analyseras och beaktas.

Företagarna kan konstatera att upphandling av välfärdstjänster i dag sker enligt de nationella upphandlingsreglerna i kapitel 19 LOU. Regeringen har tillsatt Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler i syfte att se över hur detta regelverk kan göras enklare och mer flexibelt (se kommittédirektiv 2017:69). Utredningen kommer att presentera sitt resultat i juni 2018. Företagarna förordar att resultatet från denna utredning inväntas innan initiativ tas till eventuella regelförändringar avseende upphandlingar avseende välfärdstjänster.

Övergripande beskrivning av förslaget i promemorian

Annonsering: I promemorian föreslås att upphandlingar av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde om 750 000 Euro (ca 6 900 000 kr) som huvudregel ska annonseras, oavsett om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte. Upphandlingar vars värde understiger 28 procent av tröskelvärdet (ca 1 900 000 kr) ska dock inte behöva annonseras. Undantag från annonseringsskyldigheten ska även gälla om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Dokumentationskrav: Det föreslås krav på att en upphandlande myndighet ska dokumentera upphandlingar av välfärdstjänster under tröskelvärdena, oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Dokumentationskyldigheten ska dock inte gälla om upphandlingens värde understiger 100 000 kr.

Rättsmedel och tillsyn: Det föreslås att bestämmelserna i 20 kap. LOU om avtalsspärr, överprövning och skadestånd ska vara tillämpliga vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena, oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Undantag från avtalsspärren ska dock gälla för upphandlingar som skett utan föregående annonsering med stöd av bestämmelserna om undantag från annonseringsskyldigheten (dvs. bl.a. upphandlingar upp till 1 900 000 kr). Ett avtal som har ingåtts i strid med bestämmelserna om annonsering eller avtalsspärr ska kunna ogiltigförklaras av domstol.

Risk för godtycke och rättsosäkerhet

Företagarna kan konstatera att artikel 74 – 76 i EU:s upphandlingsdirektiv 2014/24 ger medlemsstaterna ett visst utrymme för handlingsfrihet vid upphandling av välfärdstjänster. De grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och öppenhet måste dock beaktas. Det aktuella förslaget kan inte anses leva upp till dessa förutsättningar.

Om annonseringsplikt

Förslaget att annonsering ska ske av värdemässigt större upphandlingar ser Företagarna i sig positivt på. Annonsering är en central förutsättning för konkurrens och transparens i systemet.

Med detta sagt ser vi samtidigt negativt på att värdemässigt mindre upphandlingar (upp till ca 1 900 000 kr) föreslås undantas från annonseringsplikten. Företagarna befarar att detta kan leda till ännu färre anbud, vilket är en oönskad effekt. Det finns redan i dag problem med att alltför få anbud lämnas in i offentliga upphandlingar. Vidare måste beaktas att det finns risk för mer godtycke och även risk för korruption om man ökar möjligheten till direktupphandling för välfärdstjänster på detta sätt.

Om regleringsmodellen

En avgörande skillnad mot den nuvarande ordningen är att förslaget inte omfattar de

grundläggande principer om bl.a. likabehandling, proportionalitet och öppenhet som idag gäller vid all offentlig upphandling för att värna sunda förfaranden vid tilldelning av offentliga kontrakt. Enligt förslaget ska detta i stället kompenseras genom några förfaranderegler. Företagarna vill dock tydligt värna för den föreslagna regleringslösningen. Dels ur ett EU-rättsligt perspektiv eftersom principerna om öppenhet och likabehandling måste beaktas i alla de upphandlingssituationer då ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger. Dels ur ett leverantörsperspektiv, eftersom leverantörerna behöver kunna känna tilltro till att de blir likabehandlade i förhållande till andra aktörer och även i förväg behöver få kännedom om hur utvärdering av anbud kommer ske på ett objektiva sätt.

Om den faktiska innebörden av förslaget

Företagarna noterar att det uttryckligen framgår av promemorian att förslaget – även i fråga om sådana upphandlingar som ska annonseras - innebär långtgående handlingsfrihet för upphandlande myndigheter. I promemorians konsekvensanalys (s. 21) uttalas följande: ”En upphandlande myndighet kan visserligen som en följd av annonsen få ett antal anbud att hantera, men då några andra regler för förfarandet eller de allmänna principerna inte föreslås gälla för sådana upphandlingar, kommer den upphandlande myndigheten fortsatt ändå ha stor frihet att välja vilken leverantör som ska anlitas.” I förhållande till Valfärdsutredningens förslag görs i promemorian analysen att det aktuella förslaget inte kommer minska de upphandlande myndigheternas möjlighet att välja vilken leverantör som ska utföra tjänsten.

Företagarna kan mot denna bakgrund konstatera att det föreslagna annonseringsförfarandet för värdemässigt större upphandlingar mest framstår som en innehållslös chimär. Förfarandet kommer inte att skapa förutsättningar för likabehandling, objektivitet eller rättssäkerhet. Ur ett leverantörsperspektiv är ett sådant system inte tillförlitligt. Snarare finns uppenbar risk för godtyckliga tilldelningar av kontrakt. Detta kommer leda till rättsosäkerhet och rättsförluster för enskilda leverantörer, minskat intresse att lämna anbud i denna typ av upphandlingar och minskad tilltro till upphandlingssystemet som sådant. Till detta kommer att det allmänna riskerar att inte få de leverantörer som kan erbjuda de bästa välfärdstjänsterna till medborgarna. En sådan utveckling vore allvarlig och oroväckande.

Om rättsmedel och tillsyn

Företagarna ser i sig mycket positivt på regler om rättsmedel och tillsyn avseende upphandling av välfärdstjänster. Möjligheten att överpröva felaktigheter i upphandlingar är en viktig rättssäkerhetsaspekt. I frånvaron av regler som befäster relevanta EU-rättsliga principer i det aktuella förslaget finns dock, som ovan nämnts, en uppenbar risk för rättsosäkerhet och godtycke. Företagarna bedömer att detta inte kommer att kunna avhjälpas genom föreslagna rättsmedel, utan resultatet blir ett system som innebär rättslöshet för leverantörer som förfördelats vid godtyckliga kontraktstilldelningar. Företagarna vill tydligt värna för ett sådant system.

Om dokumentation och information

Promemorians förslag om krav på att lämna viss information till leverantörerna och krav på dokumentation av genomförandet av upphandlingen är i sig positiva inte minst för att skapa transparens i systemet. De ovan nämnda negativa effekterna såsom risk för ökat godtycke och minskad rättssäkerhet för leverantörerna minskar dock inte i någon märkbar utsträckning genom sådana åtgärder.

Sammantagen bedömning

Mot denna bakgrund avstyrker Företagarna förslaget i dess helhet.

Angående att främja idéburna aktörer

Företagarna noterar att promemorian (s. 12) uttrycker vikten av ett regelverk som bidrar till att de idéburna aktörernas särskilda potential tas tillvara. Företagarna kan dock konstatera att idéburna organisationer redan i dagsläget synes ha jämförelsevis goda förutsättningar att tilldelas kontrakt. Statistik som nyligen offentliggjorts av Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket¹ ger vid handen att när idéburna organisationer deltar i upphandlingar vinner de oftare kontrakt än andra organisationer. Drygt sex av tio anbud som lämnades av idéburna organisationer år 2016 ledde till kontrakt. Detta kan jämföras med kontrakt i drygt fyra av tio anbud för övriga leverantörer. Företagarna har mot denna bakgrund svårt att se att det skulle föreligga anledning att utforma ett regelverk med uttalat syfte att understödja just idéburna organisationer.

Företagarna uppfattar att promemorian behåller Valfärdsutredningens förslag att införa bestämmelser om reserverade kontrakt till organisationer som uppfyller vissa förutsättningar, bl.a. att vinsterna ska återinvesteras. Som Företagarna framfört i tidigare remissvar² anser vi att de förutsättningar som anges i EU-direktivets artikel 77 dock kraftigt begränsar en sådan reglerings praktiska användbarhet. Bestämmelsen kommer knappast underlätta de idéburna aktörernas etablering och existens på svenska marknaden. Risken är att den föreslagna regleringen kommer att skapa mer problem än den kommer att lösa. Företagarna avstyrker därför införandet av en sådan bestämmelse.

Företagarna ifrågasätter inte att det finns idéburna organisationer som har problem att vinna kontrakt i offentlig upphandling, men vill framhålla att det även finns många små företag som upplever den typen av problem. Vi vill betona att det snarare finns en problematik för småskaliga aktörer – oavsett organisationsform – att nå framgång i offentlig upphandling. Det vore mer ändamålsenligt att adressera de små företagens och organisationernas utmaningar i stället för att fokusera på deras organisationsform.

Undermålig konsekvensanalys

Som ovan redovisats beskriver promemorians konsekvensanalys att förslaget kommer att ge en stor frihet till upphandlande myndigheter att välja vilken leverantör som ska anlitas. Detta är en påtaglig systemförändring i förhållande till nuvarande system för upphandling av välfärdstjänster. De konsekvenser som uppstår i förhållande till dagens system berörs dock inte alls i konsekvensanalysen. I stället utgår resonemangen och jämförelsen från det förslag Valfärdsutredningen presenterat, vilket blir missvisande. Företagarna anser att konsekvensanalysen är undermålig.

Som framkommit ovan ser Företagarna allvarliga problem med det presenterade förslaget. Vi bedömer att det kommer att medföra risk för godtyckliga tilldelningar av kontrakt, ökad risk för korruption samt minskad rättssäkerhet och rättsförluster för leverantörer. Detta kommer leda till minskat intresse att lämna anbud i upphandlingar av välfärdstjänster och minskad tilltro till upphandlingssystemet som sådant. Därtill måste beaktas risker för konkurrenssnedvridningar och ineffektivitet i de offentliga inköpen av välfärdstjänster. Dessa allvarliga effekter av förslaget måste nog analyseras och beaktas.

¹ Statistik om offentlig upphandling 2017 – Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5, Konkurrensverkets rapport 2017:11

² Företagarnas remissyttrande avseende betänkanterna Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) samt Palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13)

Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert