

Kan svenska regler för offentlig upphandling missgynna små och medelstora företag i byggsektorn?

Bakgrund med problembild

I Sverige är offentlig upphandling mer detaljreglerad än i de flesta europeiska länder. Det är här t ex inte någon väsentlig skillnad vid upphandlingar över och under EG:s tröskelvärden.

Byggherrarna anser att de svenska reglerna för upphandlingar som inte regleras av EG-direktiv, d v s främst under tröskelvärdena, kan missgynna små och medelstora företag i byggsektorn. Byggherrarna anser också att dessa regler inte leder till effektiv användning av allmänna medel och därför kan vara kostnadsdrivande vid offentligt byggande.

EG:s regler utvecklas kontinuerligt. Processen kommer att fortsätta under lång tid. Ständigt ändrade regler medför ökad komplexitet, nya krav och nya tolkningssituationer för nationella lagstiftare, domstolar, beställare och leverantörer. Främst mindre beställare och leverantörer, som till vardags arbetar med faktisk produktion, beställning och utförande, har svårt att lära sig lagstiftningens alla detaljer. De har också svårt att följa alla förändringar. Det uppstår en marknad som i första hand gynnar juridiskt skolade specialister och större aktörer.

Detta är inget stort problem vid upphandlingar över EG:s tröskelvärden. Där överväger starkt de positiva delarna i det för EG gemensamma rättssystemet. Upphandlingarna avser stora belopp där gränsöverskridande gemenskapsintressen ska tillgodoses. Det kräver och ger ekonomiskt utrymme för särskilda specialistinsatser. Problemet är att detaljerade svenska regler för delar som inte är obligatoriska i EG-rätten ger incitament till upphandling av större samordnade volymer och upphandling med hjälp av specialister, då man behöver minska transaktionskostnader samt risk för felsteg, överklaganden och eventuella sanktioner. Detta drabbar i första hand mindre och medelstora leverantörer och beställare, som inte har tillgång till den specialistkompetens som större aktörer har. Konkurrensen snedvrids därmed.

Det finns också risk att detaljerade regler vid mindre omfattande upphandlingar leder till större fokus på att göra upphandlingen rätt än att göra en bra upphandling. Detta kan ge en styrning mot lägsta pris i stället för mot kvalitet eller ekonomiskt mest fördelaktigt. Innovationsklimatet påverkas då negativt.

I Sverige finns genom Bygghandets Kontraktskommitté (BKK) ett kvalificerat och av parterna godkänt regelverk (AB/ABT m m) med föreskrifter att använda för upphandling och genomförande inom byggsektorn. BKK har även antagit regler för upphandling i konkurrens av entreprenader, konsulttjänster och leveranser på den privata sidan (BRUK 2007). Dessa regler speglar mycket av andan i EG:s regler för offentlig upphandling även om skillnader finns jämfört med LOU. Det finns anledning att låta delar av BRUK 2007 påverka förenklingsarbetet med svenska regler under tröskelvärdet. Detta för att i högre grad få en likartad hantering av upphandlingar oavsett beställare.

Nedanstående förslag till förenklingar avser icke direktivstyrda delar av svensk lagstiftning och då främst upphandlingar under tröskelvärdena. I flera avseenden hänvisar vi till danskt synsätt på lagstiftning, information m m, som vi anser präglas av praktiskt tänkande och gott resultat.

Byggherrarnas förslag till förenklingar med motiv (*vilket anges kursivt*)

- Skapa en särskild lag för upphandlingar som inte styrs av EG-direktiv. Denna lag bör vara mycket förenklad jämfört med nuvarande 15 kap i LOU. Vid implementering av EG-direktiv – utgå från att de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande alltid gäller och var därför därutöver restriktiv vid införande av icke obligatoriska regler.

Många europeiska länder har endast begränsade regler för offentliga upphandlingar under EG:s tröskelvärden. I Danmark implementeras EG-direktiven direkt för de obligatoriska delarna. För de delar som inte är obligatoriska har man i en särskild lag så få och enkla regler som möjligt och i stället införs ändringar eller tillägg vartefter man fått erfarenhet.

95 % av antalet upphandlingar i Sverige är inköp under EG:s tröskelvärden. Det är främst i dessa mindre upphandlingar som små och medelstora leverantörer och beställare berörs. 99 % av företagen i Sverige är små eller medelstora. Upphandlingarna genomförs av ett stort antal upphandlare. Aktörerna kan vinna mycket i effektivitet, om de får agera efter en särskild, entydig, enkelt utformad och lättförståelig lag som normalt inte behöver ändras med anledning av nya EG-direktiv. En särskild lag för icke obligatoriska delar ger en tydligare struktur med stora pedagogiska vinster.

- Skapa nationella (svenska) tröskelvärden – minst 600 000 kr för tjänster och 5 milj. kr för byggtreprenader. Under dessa värden gäller självfallet de grundläggande EG-rättsliga principerna samt att upphandlingar så långt möjligt ska baseras på konkurrens. I övrigt införs härunder endast krav på att varje upphandlande myndighet ska fastställa riktlinjer för hur upphandlingar ska göras och hur dokumentation ska ske.

En skyldighet att upphandlande myndighet ska fastställa riktlinjer för hur upphandlingar ska göras och hur dokumentation ska ske är bra. Skyldigheten måste förenas med ett förtroende från lagstiftarens sida genom så väl tilltagna beloppsgränser, att myndigheterna ges ett faktiskt ansvar och reell möjlighet att skapa interna riktlinjer, att säkerställa styrning och insyn, att anpassa högsta belopp för beslut vid upphandling till upphandlingens art och värde samt den upphandlande organisationens kompetens. Detta är frågor för ledning och revision.

Nivån för byggtreprenader motsvarar enligt föreningens förslag ca 10 % av tröskelvärdet och korresponderar mot nivån för underhandsbud i dansk lag. Nivån för tjänster motsvarar enligt föreningens förslag ca 30 % av tröskelvärdet vid kommunal upphandling. Den motsvarar också ungefär nivån i norsk lag. I Danmark gäller att över denna nivå ska upphandlingar annonseras. I övrigt har man i Danmark mycket få villkor reglerade ända upp till EG:s tröskelvärde för tjänster.

- Ge möjlighet att under EG:s tröskelvärden även använda en form av urvalsförfarande utan prekvalificering och annonsering, s.k. inbjuden upphandling.

I dansk lag finns under tröskelvärdet förfaranden (kallas begränsad upphandling) som motsvarar svenskt urvalsförfarande. Sådan upphandling kan göras både med prekvalificering (som i Sverige) och utan sådan. I det senare fallet sker ingen annonsering, och vissa regler finns för att förhindra, att samma krets av leverantörer regelmässigt inbjuds.

I det svenska regelverket för den privata sidan (BRUK 2007) ges anbudsinfordraren möjlighet att använda inbjuden upphandling med eller utan föregående kvalificering. Motiv för denna upphandlingsform anges vara att "Antalet anbudsgivare är inte nödvändigtvis något bra mått på graden av konkurrens. Det kan vara affärsmässigt och erbjuda bästa konkurrens att genom inbjuden upphandling begränsa antalet anbudsgivare. Varje anbudsgivare kan då förväntas lägga ner mer arbete på sitt anbud. Dessutom begränsas de totala upphandlingskostnaderna

för såväl anbudsgivarna som anbudsinföraren.” Just motiv som transaktionskostnader finns även i flera stycken i den danska lagen, men har också varit föremål för överväganden i Norge.

- ”Tiodagarsfristen” bör tas bort under tröskelvärdena. Undvik också onödiga regler när EG:s rättsmedelsdirektiv införs.

Enligt en studie gjord av Manchester Business School (2006) hade Sverige i jämförelse med andra EG-länder det högsta antalet och den största ökningen av överprövningsärenden. En annan forskarstudie av byggrelaterade svenska rättsfall visar att endast en fjärdedel ledde till krav på rättelse eller att upphandlingen måste göras om.

Överprövningssituationen i Sverige tyder inte på verklig och konstruktiv rättssäkerhet. Antalet överklaganden i Danmark är en bråkdel jämfört med i Sverige. Under tröskelvärdena finns ingen tiodagarsfrist i Danmark. Enklare regler samt danska Konkurrencestyrelsens inriktning på service och information ger sannolikt resultat. Man kan klaga hos Klagenævnet (avgift tas ut, kan återbetalas) men även hos Konkurrencestyrelsen. Styrelsen resonerar i första hand med parterna för att lösa frågan men kan därefter fatta vägledande beslut. Konkurrencestyrelsen har också rätt att klaga hos Klagenævnet. Denna möjlighet används sällan (en gång under 2007) och gäller då principiella frågor. Klagenævnet fattar bindande beslut.

Genom att ta bort ”tiodagarsfristen” under tröskelvärdena uppnås en bättre användning av allmänna medel. Föreningen anser dock att rättsmedel behövs även under tröskelvärdena. Dessa måste vara mer välavvägda och ändamålsenliga i förhållande till värdet på det som upphandlas. Svenska Konkurrensverket har önskat sig talerätt. Under förutsättning att den danska enkelheten får prägla svensk lag kan den danska modellen i detta hänseende vara en förebild. Föreningen förutsätter sålunda, att om KKV tilldelas talerätt så kommer endast sådana frågor att drivas, där det finns starka principiella skäl.

- De bestämmelser som i dag gäller för ramavtal inom försörjningssektorn bör också gälla under tröskelvärdet inom klassiska sektorn och för B-tjänster. Någon närmare reglering av dessa ramavtal bör inte göras.

Nuvarande regler styr beställarna att träffa ramavtal med en stor leverantör, som kan leverera fler tjänster, eller att öka andelen mindre arbeten i egen regi. Mindre leverantörer (rens- och spol, glasmästeri etc.), som behövs för att få vardagen att fungera, kommer ifråga under tröskelvärdena framför allt hos mindre beställare. Nuvarande regler motverkar ramavtal med dessa. Krav på minst tre leverantörer (eller en) slår också mot småföretag då arbetsmängden är begränsad. Det bör därför förtydligas att, till skillnad från över tröskelvärdena, parallella ramavtal med två leverantörer får tecknas samt att fördelningsnyckel med intervall får användas. Avrop måste kunna ske utan tilldelningsbesked.

Sammanfattningsvis menar föreningen att vad som anförts ovan innefattar förslag på angelägna och välbalanserade regelförenklingar som gagnar små och medelstora företags möjligheter att delta i offentliga upphandlingar. Förslagen torde också leda till en bättre konkurrens och en effektivare användning av allmänna medel. I övrigt hänvisar vi till skrivelse ställd till finansdepartementet 2007-12-13 och hemställer att regeringen hör sammar våra önskemål.

För Byggherrarna

Sven Landelius
Föreningsordförande

Stefan Sandesten
VD