



Sund offentlig upphandling

EN RAPPORT OM BYGGBRANSCHENS SYN PÅ OFFENTLIG
UPPHANDLING AV BYGG- OCH ANLÄGGNINGSARBETEN

B
SVERIGES
BYGGINDUSTRIER



Rapporten har tagits fram av Sveriges Byggindustrier och Stockholms Byggmästareförening genom ett branschutskott (LOU-utskottet) som representerar medlemsföretagen. Underlaget i rapporten har i huvudsak hämtats från utskottets samlade erfarenheter av offentlig upphandling inom bygg- och anläggningsbranschen och detta har sedan sammanställts av Andrea Sundstrand, doktor i offentlig rätt på Stockholms universitet.

Nya upphandlingsdirektiv ska implementeras under 2016. Denna rapport tar inte direkt upp de nya ändringar som kommer att införas i LOU, men berör vissa delar.

Utgivningsår: December 2014. Reviderad juni 2015.

Omslagsfoton: Björn Wellhagen, Jonas Gerdle.

Förord

Sveriges Byggindustrier företräder cirka 3100 medlemsföretag varav drygt 800 även är medlemmar i Stockholms Byggmästareförening. I våra kontakter med företag, stora som små, stöter vi ofta på en rad olika synpunkter om att offentlig upphandling är krånglig, komplicerad och byråkratisk även om det finns en förståelse för vikten av ett fungerande regelverk. Tydliga och transparenta regler för offentlig upphandling behövs för att ge rättssäkerhet samt uppfylla kraven på likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet som är grundläggande för att upphandlingssystemet ska upplevas som legitimt av entreprenörerna.

Just legitimiteten är avgörande för intresset att lämna anbud och den bidrar därmed till att upprätthålla konkurrensen bland entreprenörerna. Möjligheten att överpröva en upphandling och att få skadestånd vid felaktiga förfaranden bidrar också till att skapa legitimitet för den offentliga upphandlingen. Ytterst tjänar upphandlande myndigheter och enheter, och därmed skattebetalarna, på att entreprenörerna upplever att den offentliga upphandlingen genomförs på ett korrekt sätt.

Syftet med denna rapport är att belysa vissa av de återkommande problem som vi i byggbranschen ser vid offentliga upphandlingar av bygg- och anläggningsentreprenader, men också att peka på lösningar som är förenliga med lagstiftningen och som underlättar för alla inblandade parter. Med tydligare och mindre komplicerade upphandlingar har anbudsgivarna lättare att kalkylera sina kostnader. Det innebär lägre anbudskostnader och lägre anbudssumma, vilket är en fördel för det allmänna som ska betala för arbetena. Risken för överprövningar som försenar upphandlingen minskar även med bättre utformade förfrågningsunderlag, större tydlighet i kravspecifikationerna, mer information om de objekt som ska upphandlas och mer kvalificerade upphandlare, vilket är en fördel för samtliga inblandade aktörer.

En aktuell fråga är om regelverket för offentlig upphandling kan och bör förenklas i syfte att göra processen tydligare och mer öppen, utan att några väsentliga vinster går förlorade. Även om det kanske finns skäl till att förenkla upphandlingsbestämmelserna är det vår uppfattning att de största vinsterna *inte* ligger i en förenkling av lagstiftningen. De olika huvudmomenten i upphandlingsregelverket – ett tydligt förfrågningsunderlag, annonsering, kommunikation, sekretess i anbudsskedet, utvärdering enligt i förväg specificerade kriterier, dokumentation och information samt möjlighet till överprövning – är alla viktiga moment för att säkerställa en säker och effektiv upphandlingsprocess. Vi ser i stället att det är tillämpningen av regelverket för offentlig upphandling som måste förbättras, så att upphandlingar av byggentreprenadkontrakt i högre grad genomförs enligt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet.

Det finns ett värde för samtliga aktörer på området för upphandlingar av bygg- och anläggningsentreprenader att spelreglerna är enkla, tydliga och överskådliga. Även om endast 5 procent av dessa upphandlingar blev överprövade i domstol, jämfört med 7 procent av den totala mängden upphandlingar, ser vi från byggbranschen gärna att antalet överprövningar blir än färre (se Konkurrensverkets rapport Siffror och fakta om offentlig upphandling). En offentlig upphandling som genomförs med god kompetens, öppenhet samt med kvalitets- och metodutveckling i samarbete med branschens entreprenörer innebär en ökad fokusering på väl genomförda och kvalitetshöjande bygg- och anläggningsentreprenader. Med denna rapport vill vi bidra till en sådan positiv utveckling av den offentliga upphandlingen för byggherrar, byggentreprenörer och offentliga upphandlare.

Ola Månsson
Vd Sveriges Byggindustrier

Elisabeth Martin
Vd Stockholms Byggmästareförening

Innehåll

1. Sammanfattande slutsatser
2. Bygg- och anläggningsbranschens betydelse för samhällsekonomin
3. Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten
4. Kalkylering och krav
5. Tillämpning av regelverket – referenser och utvärdering
6. Avsteg från kommersiella villkor
7. Små och nystartade företag

1. Sammanfattande slutsatser

En sak som tydligt framgår är att många entreprenörer efterfrågar en ökad kommunikation med offentlig sektor. I synnerhet små och medelstora byggföretag efterlyser en dialog innan en offentlig upphandling inleds. Samtidigt är det inte ovanligt att upphandlande myndigheter och enheter, särskilt kommuner, intar en alltför formell hållning för att inte riskera godtycklighet eller särbehandling av entreprenörer. Huvudregeln vid större offentliga upphandlingar är att förhandlingar inte är tillåtna. Den otillräckliga kommunikationen mellan upphandlare och entreprenörer beror bland annat på bristande kunskap om reglerna om offentlig upphandling och om möjligheterna att faktiskt kommunicera med anbudsgivarna samt en rädsla för att göra fel. Den innebär i förlängningen även ökad risk för dyra och felaktiga anbud samt ökad risk för överprövningar av upphandlingar.

Kommunikation mellan beställare och entreprenör ger upphandlande myndigheter bättre kontakt med och förståelse för marknaden. Detta leder till bättre konkurrens med lägre priser genom att fler företag lämnar anbud. Dessutom skapar en dialog med näringslivet också större utrymme för innovation där entreprenören kan se alternativa lösningar och ny teknik. Entreprenörer inom vår sektor pekar ofta på stela inköpsprocesser med på förhand givna parametrar. En mer dynamisk dialog innan upphandlingsprocessen startar skulle sannolikt även bidra till färre överprövningar.

Våra medlemmar kommer regelbundet i kontakt med upphandlingslagstiftningen och tillämpningen av bestämmelserna i LOU och även LUF¹. Den erfarenhet entreprenörerna har är att upphandlingslagstiftningen väl uppfyller sitt syfte och att bestämmelserna som huvudregel syftar till att åstadkomma rättvisa, proportionerliga och icke-diskriminerande upphandlingar till hjälp för anbudsgivande entreprenörer. Däremot förekommer det en del felaktigheter vid de upphandlande myndigheternas och enheternas tillämpning av lagstiftningen om offentlig upphandling.

De problem som byggföretagen upplever som problematiska med tillämpningen av LOU är:

- användning av referenser
- utformning och tillämpning av utvärderingar
- brister i information och hanteringen av tilldelningsbeslut
- brister i kalkylerbarhet
- stark fokusering på lägsta pris
- kompetensen hos upphandlarna behöver förbättras.

I rapporten lämnar vi förslag på hur upphandlande myndigheter och enheter kan åtgärda problemen. Det gäller:

Kalkylering:

Entreprenörer har svårt att beräkna sina kostnader för kontraktens genomförande på grund av undermåliga förfrågningsunderlag. Det här drabbar i slutändan upphandlande myndigheter och enheter i form av högre anbudssumma. De riskerar även fördyrade upphandlingar på grund av kostnader för att handlägga och utvärdera anbud som inte har möjlighet att konkurrera på grund av felkalkylerade kostnader för entreprenaden.

Tillämpning av regelverket:

Det är främst tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling som är problematisk, snarare än regelverket i sig. Det gäller särskilt tillämpningen av referenser, utvärderingsmodeller och informationsgivning efter tilldelningsbeslut i upphandlingen.

Avsteg:

I bygg- och anläggningsentreprenader används ofta de av branschen utformade standardavtalen AB 04 och ABT 06. Avsteg från avtalen är dock vanligt förekommande och eftersom reservationer diskvalificerar anbudsgivare innebär det en ökad risk för färre anbud, högre kostnader och sämre kvalitet.

Genom ökad kommunikation mellan parterna i offentliga upphandlingar har vi dock en möjlighet att tillsammans utforma förutsättningarna för entreprenörerna på ett sätt som gör det möjligt att lämna affärsmässiga och konkurrenskraftiga anbud, till fördel för både upphandlande myndigheter och enheter och entreprenörer.

¹ Regler om offentlig upphandling inom vatten, energi, transporter och posttjänster.

2. Bygg- och anläggningsbranschens betydelse för samhällsekonomin

Den offentliga upphandlingen i Sverige uppgår till cirka 600 miljarder kronor per år, vilket utgör ungefär 17 procent av BNP. Flest annonserade upphandlingar, 7 539 stycken, görs av bygg- och anläggningsarbeten, som svarar för 38 procent av upphandlingarna. Om man även räknar med arkitekt-, bygg-, ingenjör- och besiktningstjänster samt konstruktioner och konstruktionsmaterial, utgör dessa upphandlingar 54 procent av de annonserade upphandlingarna i Sverige.²

Kommunerna förvaltar cirka 50 miljoner kvadratmeter verksamhetslokaler och landstingen cirka 10–15 miljoner kvadratmeter. Kommunerna ansvarar härutöver för cirka 50 000 kilometer väg. Endast förvaltningen för väghållning uppgår till runt 6 miljarder kronor per år. De totala förvaltningskostnaderna för kommuner och landsting beräknas uppgå till ungefär 40–50 miljarder kronor per år. Den offentliga sektorn står dessutom inför stora investeringar i infrastrukturen. Staten har till exempel i sin åtgärdsplan för åren 2010–2021 avsatt 417 miljarder kronor för investeringar i vägar och järnvägar. Även kommunerna och landstingen har ett stort investeringsbehov i olika typer av infrastruktur, bland annat gator, energianläggningar, skolor, förskolor, kulturanläggningar och äldreboenden.³ Byggsektorn har med andra ord en stor betydelse för samhällsekonomin.

Storleken på kostnaderna och de investeringar som det offentliga gör i bygg- och anläggningsarbeten innebär att varje sparad krona per kvadratmeter lokalyta eller kilometer väg ger stora genomslag och kan bidra till bättre användning av skattemedel. En effektivare offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten skapar därför ökade förutsättningar för ett ekonomiskt byggande och i förlängningen större samhälleliga vinster.

² Se Konkurrensverkets rapport *Siffror och fakta om offentlig upphandling* (KKV 2013:9).

³ Se Ekonomirapporten – om kommunernas och landstingens ekonomi, april 2012.

3. Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten

De svenska upphandlingsreglerna bygger i huvudsak på EU-direktiv. Reglerna syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och till att skydda intressena hos de näringsidkare i en medlemsstat som önskar erbjuda varor eller tjänster till upphandlande myndigheter i en annan medlemsstat.⁴ När man tolkar upphandlingsreglerna ska det göras med beaktande av de allmänna rättsprinciper som gäller för all offentlig upphandling, det vill säga principerna om likabehandling, icke-diskriminering på grund av nationalitet, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

EU-direktiven om offentlig upphandling har genomförts i Sverige i huvudsak genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). I den svenska lagstiftningen finns ramarna för de olika upphandlingsförfarandena beskrivna tillsammans med mer detaljerade bestämmelser om annonsering, anbudstider, utvärdering, rättsmedel med mera. Den upphandlande myndigheten eller enheten är ansvarig för att de offentliga upphandlingarna genomförs enligt gällande regelverk och kan inte genom olika avtal frånhända sig ansvaret för sina upphandlingar, till exempel genom att uppdra åt konsult att sköta upphandlingen och sluta avtal med en entreprenör.

I huvuddelen av de offentliga upphandlingarna över tröskelvärdena är det i dag inte tillåtet att förhandla. Det innebär att det inte heller är möjligt för entreprenörerna att avvika från eller att reservera sig emot de krav och kriterier som uppställts av upphandlande myndigheter och enheter i förfrågningsunderlagen och i annonserna. Som en konsekvens av förbudet mot förhandling har kommunikationen mellan upphandlande myndigheter och enheter å ena sidan och entreprenörer å andra sidan under många år hållits på en låg nivå. Köparna vill inte riskera att vissa entreprenörer får annan eller ytterligare information än resterande entreprenörer, eftersom det skulle kunna leda till att upphandlingarna överprövas. Den bristande kommunikationen mellan parterna har dock lett

⁴ Se EU-domstolens avgörande i mål C-380/98, The University of Cambridge.

till ökad risk för otydliga förfrågningsunderlag och därmed även för anbud som inte svarar mot ställda krav och kriterier.

I 1 kap 2 § LOU och LUF anges att offentliga upphandlingar delas in i upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Med *byggtreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilagan 1 till LOU och LUF, eller medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten. I bilagan återfinns den så kallade NACE-nomenklaturen⁵, som anger de arbeten som utgör byggtreprenader.

Begreppen i LOU och LUF utgår från EU-direktiven, i vilka definitionen av byggtreprenadkontrakt är mer vidsträckt än enligt vedertagen svensk byggterminologi. EU-kommissionen menar att alla bygg- och anläggningsarbeten, oavsett om de åtföljs av andra uppgifter, anses vara byggtreprenader enligt upphandlingsreglerna. Tillämpningsområdet för direktivet är därför det största möjliga i syfte att fånga in samtliga kontraktsförhållanden som kan förekomma mellan upphandlande myndigheter och enheter å ena sidan och entreprenörer å andra sidan. Den svenska byggsektorn delar in entreprenader i tre huvudkategorier: byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader. Samtliga typer av entreprenader enligt den svenska definitionen kan omfattas av definitionen av byggtreprenadkontrakt i LOU och LUF.

4. Kalkylering och krav

Upphandlingsregelverket ger upphandlande myndigheter och enheter stora friheter att själva utforma innehållet och utformningen av såväl förfarandet i stort som kraven och kriterierna i annonsen och i förfrågningsunderlaget. Inom byggsektorn har det uppmärksammats att upphandlande myndigheter och enheter tillämpar vissa förfaranden som innebär svårigheter för de anbudsgivare som vill delta i upphandlingarna att kunna beräkna sina kostnader för kontraktens genomförande. Det här leder till omfattande

beräkningar, vilket i slutänden drabbar upphandlande myndigheter och enheter i form av högre anbudssumma. De riskerar även fördyrade upphandlingar på grund av kostnader för att handlägga och utvärdera anbud som inte har möjlighet att konkurrera på grund av felkalkylerade kostnader för entreprenaden.

För att kunna lämna affärsmässiga anbud krävs:

- Att *föremålet för upphandlingen* beskrivs på ett korrekt och utförligt sätt.
- Att *entreprenörernas åtaganden* klart och tydligt redovisas, särskilt avseende olika former av garanti- och försäkringsåtaganden, men även avseende till exempel ansvar för underentreprenörer och olika former av samordningsansvar.

Krav på övertagande av andra entreprenörer i samordnade generalentreprenader⁶ utan föregående kännedom om vilka dessa är, är exempel på krav som är mycket svåra att bedöma och korrekt prissätta. Sådana krav förenas dessutom ofta med utökade hävningsgrunder om underentreprenörerna inte uppfyllt sina arbetsgivar- och skatterättsliga skyldigheter.

Andra problem kan vara att det i förfrågningsunderlagen förekommer att projekterings-/funktionsansvar återfinns insprängt i vad som annars påstås vara en utförandeentreprenad, utan tydlig gränsdragning. Sådana förfrågningsunderlag bäddar för problem, till exempel avseende ansvaret för de tekniska lösningarna, särskilt då flera konsulter varit inblandade. Kostnaderna för att utföra sådana entreprenader är mycket svåra att kalkylera och det blir komplicerat och tidskrävande att prissätta sådana entreprenader korrekt med tanke på gränsdragnings- och ansvarsproblematiken.

Information om föremålet för upphandlingen

Det har spridit sig en praxis bland upphandlande myndigheter och enheter att vid olika typer av

⁵ Nomenclature of Economic Activities.

⁶ En samordnad generalentreprenad är en entreprenadform där beställaren genomför upphandling som vid traditionell delad entreprenad, och därefter överför avtalen med entreprenörerna till en enda entreprenör oftast byggtreprenören. Han får då ställning som generalentreprenör.

driftentreprenader inte ange all den information som en anbudsgivare behöver. Vid upphandling av till exempel fastighetsunderhåll och skötsel anges inte de aktuella fastigheternas skick, i stället får anbudsgivarna endast del av statistisk om vilka åtgärder som har vidtagits av den tidigare entreprenören. Ett sådant här förfarande innebär att den befintliga entreprenören, som har god kännedom om fastigheternas och anläggningarnas skick, får ett stort försprång mot nya entreprenörer. Vid upphandlingar enligt LOU och LUF tillämpas likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Det innebär att alla intresserade entreprenörer ska få samma information och helst vid samma tillfälle. Befintliga entreprenörer kommer alltid att ha ett kunskapsförsprång, men de upphandlande myndigheterna och enheterna har en skyldighet att så långt är möjligt utjämna denna skillnad.

I ett nyligen avgjort mål från Kammarrätten i Stockholm konstaterade domstolen att förfrågningsunderlaget i en upphandling av fastighetsunderhåll brast i förutsebarhet i fråga om åtagandets omfattning.⁷ Det innebar att förfrågningsunderlagets utformning utgjorde ett brott mot principen om öppenhet och medförde att den klagande entreprenören i vart fall riskerade att lida skada. Upphandlingen omfattade ett stort antal fastigheter och byggnader, för vilka domstolen inte ansåg det var möjligt eller nödvändigt att redovisa alla detaljer kring skick och det underhåll som planerades av kommunen. Däremot måste alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ges möjlighet att, på grundval av den information som lämnas, kunna förutse omfattningen av underhållet och därmed beräkna konkurrenskraftiga anbud. Domstolen konstaterade att den information som hade lämnats i upphandlingen i form av bland annat objektlistor och statistik inte varit tillräcklig.

Entreprenörernas åtaganden

Ett av problemen vid offentliga upphandlingar är hur de upphandlande myndigheterna och enheterna utformar kraven för hur entreprenaderna ska genomföras. Det finns inga uttryckliga skyldigheter i upphandlingslagstiftningen att

ställa krav. Det innebär att de krav som ställs är utformade av de upphandlande myndigheterna och enheterna själva. Alltför många bristfälliga och irrelevanta krav gör att möjligheten för anbudsgivarna att kalkylera sina kostnader för projekten på ett affärsmässigt sätt i hög grad minskar. EU-domstolen har i målet *Concordia Bus Finland* uttalat att ett tilldelningskriterium ska:

- ha ett samband med kontraktets föremål
- inte ge den upphandlande myndigheten eller enheten en obegränsad valfrihet
- uttryckligen anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget
- vara förenliga med alla allmänna rättsprinciper i unionsrätten.⁸

Det innebär bland annat att varje krav ska vara kopplat till föremålet för upphandlingen och inte innebära högre åtaganden än vad som föremålet kräver.

Ett sätt att säkerställa att de krav och kriterier som ställs i offentliga upphandlingar är relevanta och proportionella är ett utökat samarbete mellan upphandlande myndigheter och enheter å ena sidan och entreprenörer och deras organisationer å andra sidan. Om entreprenörerna redan när upphandlingsdokumenten utformades fick lämna synpunkter på den föreslagna beskrivningen av föremålet för upphandlingen och de krav och kriterier som beaktades, skulle mycket av oklarheter och komplicerade kalkyler i den efterföljande upphandlingen kunna undvikas. En utökad dialog mellan parterna i den offentliga upphandlingen innan det formella upphandlingsförfarandet vidtar, skulle i många fall innebära betydande kostnadsbesparingar för det allmänna i form av bättre och billigare anbud och färre överprövningar. Ju mer och tydligare information om föremålet för upphandlingen och om ställda krav som återfinns i förfrågningsunderlaget, desto större möjligheter har entreprenörerna att beräkna kostnaderna för entreprenadens genomförande och därmed även att lämna affärsmässiga och konkurrenskraftiga anbud.

⁷ Se Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4777-14.

⁸ Se mål C-513/99, *Concordia Bus Finland*.

5. Tillämpningen av regelverket – referenser och utvärdering

En vanlig synpunkt som entreprenörerna framför är att det är tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling som är problematisk, snarare än regelverket i sig. Det är alltså inte huvudsakligen bestämmelserna i LOU och LUF som innebär problem för entreprenörerna, utan hur de upphandlande myndigheterna och enheterna genomför upphandlingarna i praktiken. En undermålig beställarkompetens kan leda till bristande planering med alltför korta anbudstider. Det kan innebära att anbudsgivare i onödan utesluts från upphandlingarna, vilket i längden medför ökade kostnader. Bristande planering riskerar även att gynna befintliga entreprenörer, vilka redan har en fördel av sin kunskap om upphandlingsföremålet. Det strider mot principen om likabehandling att inte i största möjliga mån nollställa tidigare eller nuvarande entreprenörers försprång i förhållande till nya anbudsgivare.

Vi menar att den största potentialen för förenkling för företagen ligger i att inköparna blir bättre på att planera sina inköp och formulera sina förfrågningsunderlag. Ett vanligt problem som entreprenörerna beskriver är att kraven som ställs i förfrågningsunderlagen ofta upplevs som alltför långtgående. Det kan leda till att företag avstår från att lämna anbud. Problemet kan avhjälpas om det finns god kompetens hos de inköpare som ska tillämpa reglerna och om dessa även skaffat sig en god kännedom om marknaden. För att åstadkomma en effektiv marknad för upphandling bör därför fokus i första hand läggas på tillämpningen av reglerna. Det är därför angeläget att öka beställarkompetensen inte endast avseende bestämmelserna i LOU och LUF, utan även avseende regelverken om bygg- och anläggningsarbeten och om genomförandet av affärsmässigt hållbara upphandlingar.

Utöver problemen med för höga eller inte relevanta krav och kriterier i offentliga upphandlingar, har många av våra medlemsföretag problem med upphandlande myndigheters och enheters *användning av referenser* och utformningen och tillämpningen av *utvärderingsmallar* vid offentliga upphandlingar. Flera företag efterfrågar även en bättre och mer omfattande *information efter tilldelningsbeslutet* avseende hur valet av entreprenör genomfördes.

Referenser

Många entreprenörer upplever problem med hur referenstagningen går till i offentliga upphandlingar. Ett av problemen är att anbudsgivarna ska ange ett antal referenspersoner med kontaktuppgifter, men det framgår inte av annonserna eller förfrågningsunderlagen vilka frågor som kommer att ställas till dessa personer eller hur svaren kommer att utvärderas.

Än mer anmärkningsvärt är när frågorna till referenspersonerna faktiskt anges, men kan vara i formen:

- ”Ange hur öppen och ärlig du upplever att anbudsgivaren är.”
- ”Ange om anbudsgivaren har begärt och erhållit ersättning för ÄTA-arbeten⁹.”

Frånvaron av klara och tydliga frågor och bedömningsmallar vad avser referenser gör det svårt för entreprenörerna att bedöma vikten av referenstagningen och att kunna avgöra om den har genomförts på ett korrekt sätt. Det öppnar även för godtycke och kan strida mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen.

I 11 kap. 2 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kraven ska ha ett samband med och stå i proportion till kontraktets föremålet och ska framgå av annonsen om upphandling. Av EU-domstolens praxis framgår att kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens *förmåga* att utföra projektet utgör så kallade urvalskriterier.¹⁰ Urvalskriterier är alltså krav som avser anbudsgivarens kvalifikationer och kan till exempel avse företagets erfarenheter, kvalifikationer, personalstyrka, kvaliteten på anställda yrkesmän, utrustning och förmåga att utföra projektet inom fastställda tidsfrister.

Att begära referenser är ett sätt för upphandlande myndigheter och enheter att kontrollera att anbudsgivarna uppfyller kraven på förmåga. Det är därför inte möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att endast ange till exempel att

⁹ Ändrings- och tillägsarbeten samt avgående arbeten.

¹⁰ Se EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis.

anbudsgivarna ska lämna ett visst antal referenser som ett urvalskriterium, utan att närmare fastställa vad som ska visas med referenserna. Kammarrätten i Sundsvall har uttalat att ett sådant förfarande skulle lämna stort utrymme för godtycke och överlämna åt anbudsgivaren att tolka innebörden av kravet.¹¹ Det framgår även av EU-domstolens praxis, där det anges att upphandlande myndigheter måste formulera sina kriterier på ett sådant sätt att ”alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.”¹² Anbudsgivarna ska behandlas lika under hela upphandlingsförfarandet, vilket innebär att upphandlande myndigheter i förväg ska informera om de kriterier och villkor som tillämpas i varje upphandling.

För att minimera risken för godtyckliga bedömningar av anbudsgivarnas referenser menar vi därför att upphandlande myndigheter och enheter i förfrågningsunderlaget ska ange vilka frågor som kommer att ställas till de angivna referenspersonerna och hur svaren kommer att utvärderas. Det här är en metod som sedan lång tid tillämpas av till exempel Stockholms läns landsting, där färdiga utvärderingsmallar för referenstagning återfinns på myndighetens hemsida vid respektive upphandling.

Utvärderingsmodeller

Ett annat problem som återfinns vid flera offentliga upphandlingar är otydliga utvärderingsmodeller. Det är upphandlarna som ensidigt bestämmer hur utvärderingen ska genomföras och vilka utvärderingsmodeller som ska användas. Modellerna bör boga för både bra pris och bra kvalitet, men uppfattas dessvärre av entreprenörerna ofta som komplexa och icke-transparenta. Det kan även förekomma att krav som redan ställts, och uppfyllts, vid kvalificeringen återkommer som en del av utvärderingen. Många entreprenörer efterlyser därför bättre utvärderingsmodeller och större hänsynstagande till produktions- och leveransvillkor.

Problem med komplicerade och svårbedömda utvärderingsmodeller beror inte på utformningen

av det upphandlingsrättsliga regelverket, som endast stipulerar krav på att de allmänna rättsprinciperna ska följas vid utvärderingen av anbud. Det är i stället de upphandlande myndigheternas och enheternas egna val av utvärderingsmodeller som utgör problemet.¹³ Som exempel på svårbedömda utvärderingskriterier kan nämnas kriterierna för olika poängbedömningar, där 1 poäng kan anges motsvara obefintlig eller otydligt redovisat, 2 poäng motsvarar godtagbar nivå, 3 poäng motsvarar bra nivå baserad på i stort sett egna resurser, 4 poäng motsvarar bra nivå baserad på egna resurser med goda referenser och 5 poäng motsvarar mycket bra nivå baserad på egna resurser med goda referenser. Även för en erfaren entreprenör är det här omöjligt att avgöra hur bedömningen kommer att utfalla, eftersom det inte ges någon förklaring till vad som avses med ”bra nivå” eller ”goda referenser”.

I 12 kap 1 § LOU anges följande exempel på vilka kriterier som kan utgöra tilldelningskriterier för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet: pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd.

Alla kriterier som används måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen och syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Samtliga tilldelningskriterier ska enligt praxis från EU-domstolen redovisas i förväg, även deras vikt i förhållande till övriga kriterier, och anges så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.¹⁴ Det innebär att upphandlande myndigheter och enheter måste ange vad som avses med till exempel ”bra nivå” och denna nivåns förhållande till övriga angivna nivåer och i detalj ange på vilka grunder de olika nivåerna kommer att poängsättas vid utvärderingen.

Ett annat problem som förekommer är den starka fokuseringen på lägsta pris, vilket innebär brist på utrymme för kvalitet i utvärderingen. Fokus på lägsta pris kan bero på okunskap eller en rädsla för att göra fel. Många av de mest använda utvärderingsmodellerna tenderar att ge

¹¹ Se Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1669-2000.

¹² Se EU-domstolen dom i mål C-448/01, EVN och Wienstrom.

¹³ Per Molander, Regelverk och praxis i offentlig upphandling, ESO-rapport, 2009:2.

¹⁴ Se EU-domstolen dom i mål C-448/01, EVN och Wienstrom och i mål C-532/06, Lianakis.

ett felaktigt resultat eftersom de bygger på så kallade relativa utvärderingsmodeller.¹⁵ Ett högre pris borgar generellt sett inte för en högre kvalitet. Antalet upphandlingar som visar upp ett negativt samband mellan pris och kvalitet är ungefär lika stort som antalet med ett positivt samband, och den största kategorin är den som inte uppvisar något signifikant samband alls.¹⁶ Detta har praktisk betydelse för upphandlingarna eftersom det visar att kvalitetsdimensionen är viktig att undersöka separat med hjälp av expertis. Eftersom det ofta antas att ett högre pris är liktydigt med en högre kvalitet och större och kända firmor kan frestas att försöka få ut ett merpris av sitt varumärke, föreligger en betydande risk för att man fattar ett felaktigt beslut om man inte gör en grundlig analys av kvalitetsdimensionerna. I vissa fall leder de tillämpade procedurerna till orimliga resultat.

Ju mer information som återfinns i förfrågningsunderlagen avseende hur anbuderna kommer att utvärderas och på vilka grunder, desto lättare har anbudsgivarna att lämna affärsmässiga anbud. Vi anser därför att offentliga inköpsorganisationer i större utsträckning än i dag bör arbeta med att förbättra utformningen av och informationen i sina utvärderingsmodeller, i syfte att kunna genomföra objektiva utvärderingar.

Informationen efter tilldelningsbeslutet

En entreprenör som förlorat en upphandling är naturligtvis besviken över det missade kontraktet. För att lära sig av erfarenheten och kunna presentera ett bättre anbud i följande upphandlingar är det nödvändigt att entreprenören får korrekt och relevant information om hur den upphandlande myndigheten eller enheten valt det vinnande anbudet. Det här saknas i många upphandlingar, vilket kan leda till onödiga överprövningar då förlorande anbudsgivare inte i tillräcklig omfattning informerats om skälen för den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut. Tilldelningsbeslutet ska enligt 9 kap. 9 § LOU innehålla information om vinnande anbudsgivare och om skälen för beslutet. Även i de fall en

¹⁵ Mats Bergman och Sofia Lundberg, Att utvärdera anbud, KKV, 2009:10. Se även Konkurrensverkets yttrande i Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 5293-10.

¹⁶ Copenhagen Economics, 2008.

upphandling avbryts ska anbudsgivarna informeras om beslutet att avbryta och skälen för det. Informationen i tilldelningsbesluten är trots lagreglerna ofta bristfällig, vilket gör det svårt för entreprenörerna att avgöra om förfarandet har gått rätt till.

Ett tilldelningsbeslut enligt LOU och LUF behöver inte innehålla information om varför övriga anbudsgivarens anbud inte blev antagna. Sådan information har entreprenörerna rätt att få snarast möjligt och senast inom 15 dagar om de skriftligen begär det hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Det framgår av bestämmelsen i 9 kap. 10 § LOU, där det anges att en anbudssökande eller anbudsgivare som begär det ska erhålla upplysningar om skälen för att dess ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Anbudsgivare som lämnat godtagbara anbud ska även få information om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet.

Ett sätt att delge de förlorande entreprenörerna information om upphandlingsförfarandet är att ha en genomgång av upphandlingen efter att upphandlingen har avslutats och då sekretessen har upphört. Den erfarenhet som hittills har kommit av att genomföra sådana upphandlingsgenomgångar visar att entreprenörerna i mindre utsträckning då begär överprövningar av tilldelningsbesluten. Kommunikationen mellan entreprenörer och upphandlande myndigheter och enheter möjliggör för de senare att visa hur de tänkt och på vilka grunder de fattat besluten om vinnande anbud. För entreprenörerna ger det bra kunskap att ta med sig till nästa upphandling, då de får en insikt i och förståelse för hur upphandlarna resonerar och vilka faktorer som varit avgörande för upphandlingsbesluten.

Certifiering av upphandlare

Den offentliga upphandlingen styrs av bestämmelserna i LOU och LUF, men för att kunna genomföra affärsmässiga upphandlingar krävs förutom kunskap i regelverket även att upphandlarna har insikt i behovs- och marknadsanalys och styrning av moderna inköpsprocesser. Vi föreslår därför att det införs en obligatorisk certifiering av upphandlare som innebär kunskaper i inköps-teknik, affärsjuridik, logistik, affärs ekonomi inklusive kalkylering, förhandlingsteknik och i de grundläggande bestämmelser som reglerar bygg-

och anläggningsentreprenader. Syftet är att upphandlarna ska få en utbildning som motsvarar de krav som ställs på en professionell upphandlare av offentliga entreprenadkontrakt.

Utbildningen för certifiering bör omfatta frågor om hur inköpare kan effektivisera och strukturera sin inköpsprocess, ge kunskap om befintliga vägledningar, särskilt avseende förfrågningsunderlag, informera om förfaranden för att ta till vara entreprenörernas kunskaper i syfte att gynna innovation och återkoppling av produktutveckling inom branschen, fokusera på kunskap om hur man skapar enkla och transparenta utvärderingar som borgar för både bra pris och bra kvalitet och lägga vikt vid att uppföljningen av de upphandlade entreprenadkontrakten blir mer effektiv och strukturerad.

6. Avsteg från kommersiella villkor

För att kunna lämna affärsmässiga anbud är det nödvändigt att de upphandlande myndigheterna och enheterna i största möjliga mån utformar förfrågningsunderlagen utan avsteg från de allmänna bestämmelser som har överenskommit mellan parterna i bygg- och anläggningsbranschen, såsom AB 04 och ABT 06. Avsteg från dessa villkor innebär ofta otydligheter och kan medföra svårigheter för entreprenörerna att kunna avgöra vilka krav som gäller och vad dessa har för faktisk betydelse. I de allmänna bestämmelserna som har förhandlats fram finns färdiga kompromisser avseende ekonomi, ansvar och riskfördelning. När de upphandlande myndigheterna och enheterna ändrar i villkoren skiftas den överenskomna balansen, ofta till entreprenörernas nackdel.

I offentliga upphandlingar är huvudregeln att entreprenörerna inte har möjlighet att komma med egna lösningar eller att reservera sig mot de krav och kriterier som uppställs i förfrågningsunderlagen. Risken är att anbuden i sådana fall anses vara orena och förkastas. Entreprenörerna har därför ingen möjlighet att tacka nej till oproportionerliga krav eller kriterier, utan lämnas med valet att acceptera dessa eller begära överprövning av upphandlingen. Som exempel på avsteg från AB 04 och ABT 06 som vi har erfarenhet av kan nämnas:

- omkullkastande eller försök till omkullkastande av rangordningsregeln i AB 04 kap. 1 § 3, så att beställarens föreskrifter ska gälla före AB 04 oavsett var ändringarna återfinns,
- felaktigt använda mät- och ersättningsregler,
- fast pris i kombination med mängdförteckningar, felaktiga AMA-koder (Allmän material- och arbetsbeskrivning),
- utökad garantitid och andra ändringar av garantitidsbestämmelserna som inte alltid går att försäkra,
- friskrivningar av upphandlande myndigheter och enheter från ansvar enligt AB 04 kap. 1 § 6 för lämnade uppgifter, vilket gör det mycket svårt att prissätta entreprenaden korrekt,
- begränsningar i entreprenörens tillträde till och användning av arbetsområdet, men ändå fullt ansvar som byggherre och många och höga viten, begränsad rätt till förlängning av tidsfrister på grund av ändrings- och tillägsarbeten (ÄTA),
- överföring av ansvar gentemot tredjeman och andra ansvarsöverföringar som det inte är möjligt att försäkra sig emot.

Upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att säkerställa att principerna om likabehandling, icke-diskriminering på grund av nationalitet och öppenhet iaktas vid tilldelningar av offentliga kontrakt utgör en väsentlig del av själva kärnan i regelverket kring offentlig upphandling. Skyldigheten att lämna insyn är en förutsättning för att det ska gå att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska, så att likabehandlingsprincipen iaktas. Öppenhetsprincipen måste därför iaktas under varje del av ett tilldelningsförfarande.¹⁷ Som exempel kan anges att öppenhetsprincipen förutsätter att uppgifter som gäller förfarandet för tilldelning av kontrakt inte hemlighålls, att information om tilldelningen av kontraktet offentliggörs och att förfrågningsunderlagen så långt möjligt är offentliga. Det får inte heller vara svårt eller omöjligt för anbudsgivarna att förstå den exakta innebörden av olika kriterier.¹⁸

¹⁷ Se mål C-87/94, kommissionen mot Belgien.

¹⁸ Se mål C-448/01, EVN och Wienstrom.

Exemplen på avsteg ovan är endast några av de avsteg som ofta förekommer vid offentliga upphandlingar av bygg- och anläggningsentreprenader. Avstegen medför svårigheter för byggentreprenörerna att bedöma vilka risker som finns i en viss entreprenad. Upphandlingen riskerar i sådana situationer att avslutas med att kontraktet tilldelas den entreprenör som är villig att ta störst risk till lägst pris. Förfarandet kan medföra att seriösa entreprenörer förlorar möjligheten att konkurrera på samma villkor som oseriösa entreprenörer. Det kan i slutändan innebära att entreprenaden slutförs med sämre kvalitet eller inte kan slutföras med den vinnande entreprenören.

En upphandlande myndighet eller enhet måste säkerställa att de krav och kriterier den ställer är klara och tydliga och kan tolkas lika av samtliga anbudsgivare. För att motverka oklarheter i de offentliga upphandlingarna och för att bibehålla den balans som har förhandlats fram i AB-systemet, rekommenderar vi därför de upphandlande myndigheterna och enheterna att i största möjliga mån följa bestämmelserna i AB 04 och ABT 06.

7. Små och nystartade företag

Små och medelstora företag, så kallade SME:s, kan på grund av utformningen av de offentliga upphandlingarna få problem att konkurrera om kontrakten.¹⁹ SME:s delas upp i tre kategorier:

- **mikroföretag**, är företag med färre än 10 anställda och med en årsomsättning eller balansomslutning understigande 2 miljoner euro per år,
- **små företag**, är företag med färre än 50 anställda och som har en årsomsättning eller balansomslutning under 10 miljoner euro per år,
- **medelstora företag**, är företag med färre än 250 anställda och med en årsomsättning eller balansomslutning som inte

¹⁹ I Sverige tillämpas EU-kommissionens definition av små och medelstora företag, så kallade SME:s. Det innebär dock att ca 99 procent av landets samtliga företag är att beteckna som SME.

överstiger 50 miljoner respektive 43 miljoner euro per år.

Byggindustrin kännetecknas av att ha många mikroföretag och en stor del egenföretagare. Inom näringslivet som helhet finns det cirka 1 137 000 företag. Av dessa har cirka 93 700 sin verksamhet inom byggindustrin. Bland byggföretagen har 87 % högst fyra anställda.²⁰

Om vi fortsättningsvis avser de så kallade mikroföretagen när vi talar om SME, är det relativt få av dessa som väljer att delta i offentliga upphandlingar. En anledning till deras låga deltagande utgör lagstiftningen på området och omfattningen av de krav och kriterier som ställs i förfrågningsunderlagen. Genom likabehandlingsprincipen hindras upphandlande myndigheter och enheter i dag från att positivt särbehandla SME i förhållande till större företag, eftersom principen innebär att alla företag ska behandlas lika. Det är därför inte möjligt att till exempel dela upp en upphandling i syfte att underlätta för SME eller att ställa lägre krav på SME än på större företag. Problem som SME möter i offentliga upphandlingar är till exempel krav på hög årsomsättning i förhållande till kontraktets värde samt erfarenhets- och kapacitetskrav som går över vad som är nödvändigt för att klara av kontrakten. Det bör nämnas att det även finns bestämmelser i LOU och LUF som underlättar för SME, till exempel möjligheten att återropa andra entreprenörers kapacitet i de fall där ett företag inte självt uppfyller kvalifikationskraven. Det finns även en rätt för flera företag att lämna gemensamt anbud, vilket möjliggör samarbete vid offentliga upphandlingar för SME. Även kraven på annonsering av offentliga upphandlingar underlättar för SME, som ofta inte har ekonomiska möjligheter att annars kunna bevaka aktuella upphandlingar.²¹

Likabehandlingsprincipen innebär att det inte är möjligt att positivt särbehandla SME. Däremot är det fortfarande möjligt att underlätta för SME att delta i offentliga upphandlingar, så länge det inte missgynnar större företag. Det kan göras till exempel genom att rensa förfrågnings-

²⁰ Fakta om Byggandet, Sveriges Byggindustrier, 2013.

²¹ Den 1 juli 2014 höjdes gränsen för direktupphandling till 505 800 kr för LOU, prop. 2013/14:133. Upphandlingar med ett värde som överstiger gränsen ska i regel annonseras

underlagen så att det endast ställs relevanta krav och kriterier. Ett annat sätt är att sänka omsättningskraven och att dela upp upphandlingar i mindre delar.

Det är i dag inte möjligt att begränsa antalet delar i en upphandling som en viss entreprenör kan lämna anbud på, eller hur många delar en och samma entreprenör kan vinna i en upphandling. Sådana möjligheter infördes våren 2016 i de nya upphandlingsdirektiven^{22, 23} I de nya direktiven infördes även en skyldighet att som huvudregel dela upp offentliga kontrakt så att företag kan lämna anbud på delar²⁴. Syftet är just att underlätta SME-deltagande i offentliga upphandlingar, eftersom medlemsstaterna anser att SME hittills inte har kunnat delta i den omfattning som är nödvändig för utvecklingen i EU. Då infördes även en bestämmelse som innebär att årsomsättningskraven i offentliga upphandlingar som huvudregel inte får sättas högre än två gånger ett kontrakts värde. Enda undantaget är om fullgörandet av kontraktet är förknippat med högre risk eller att det är av avgörande betydelse att kontraktet fullgörs i tid och korrekt.

Även nystartade företag kan ha problem med att kunna konkurrera i offentliga upphandlingar. Som exempel kan nämnas att en upphandlande myndighet ställer krav på att företaget ska ha en viss tidigare erfarenhet eller ha genomfört ett visst antal uppdrag av liknande slag för att kunna vinna kontraktet. Alltför långtgående krav på soliditet, likviditet eller omsättning kan leda till att nystartade företag utesluts från deltagande i offentliga upphandlingar. Kammarrätten i Göteborg meddelade i september 2008 en dom som innebar att kravet på tidigare erfarenhet i en viss upphandling var oproportionerligt, eftersom det i onödan uteslöt ett nystartat företag.²⁵ Kravet var att de anbudslämnande företagen skulle ha minst två års erfarenhet, men i fallet hade ett nystartat företag knutit till sig personal som hade mer än två års erfarenhet. Genom att utesluta

företaget hade den upphandlande myndigheten enligt domstolen agerat i strid med de allmänna rättsprinciperna.

SME har svårigheter att delta i offentliga upphandlingar på grund av:

- höga krav,
- komplicerade förfrågningsunderlag,
- begränsade resurser.

Som visats ovan finns det trots det möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att underlätta för SME att delta i offentliga upphandlingar. Det kan ske genom att sänka kraven på anbudsgivarnas erfarenheter och kapacitet till nivåer som är tillräckliga för att klara av att fullfölja kontrakten. Våren 2016 infördes dessutom, som nämnts ovan, bestämmelser om att upphandlingar ska delas upp i mindre delar och ett högsta krav på årsomsättning som motsvarar två gånger ett kontrakts värde²⁶. Sammantaget medför de nya reglerna att SME kommer att få ökade möjligheter att delta i offentliga upphandlingar och att vinna offentliga kontrakt.

²² Under förutsättning att det högsta antalet delar som kan tilldelas en anbudsgivare anges i förhand.

²³ Se direktiv 2014/24 om offentlig upphandling och direktiv 2014/15 om upphandling inom försörjningssektorerna.

²⁴ Den upphandlande myndigheten ska vidare ange huvudskälen till sitt val om en uppdelning inte sker.

²⁵ Se Kammarrättens i Göteborg dom av 29 september 2008 (mål nr 1227-08).

²⁶ Man kan t.ex. i stället för att ställa krav på anbudsgivaren, också ställa krav på de personer som ska utföra entreprenaden.

För mer information, kontakta entreprenadjuristen Niklas Kåvius på Stockholms Byggmästareförening som även är sekreterare i LOU-utskottet.

Sveriges Byggindustrier

Storgatan 19

Box 5054

102 42 Stockholm

Tel vxl: +46 8 698 58 00

E-post: info@sverigesbyggindustrier.se

Webbadress: www.sverigesbyggindustrier.se

Stockholms Byggmästareförening

Wennerbergsgatan 10

Box 340 27

100 26 Stockholm

Tel vxl: +46 8 587 147 00

E-post: info@stockholmsbf.se

Webbadress: www.stockholmsbf.se

