

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; fax: 08-611 35 62

Socialdepartementet

Remissyttrande  
2014-01-27

Dnr. S2013/9124 /RU

## Ang. förslaget om ändrade regler om direktupphandling

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Välfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter som har deltagit i beredningen av detta yttrande är förra regeringsrådet Sigvard Berglöf, förra hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, Marknadsdomstolens tidigare ordförande Christer Fallenius, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt förra konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt över 700 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

### 1. Sammanfattning

I promemorian föreslås en höjd direktupphandlingsgräns i syfte att förenkla upphandlingsreglerna. Det är givetvis ett gott syfte, emellertid får den föreslagna förenklingen icke önskvärda effekter med avseende på små och medelstora samt nyetablerade företags möjlighet att delta i den offentliga inköpsverksamheten samt skapar risk för ökad korruption.

Konkurrenskommissionen förordar att frågan om införandet av en höjd direktupphandlingsgräns avvaktar det genomgripande lagstiftningsarbete som ändå ska ske i samband med införlivandet av EU:s nya direktiv för upphandling. I övrigt avstyrker Konkurrenskommissionen att värdegränserna för direktupphandling höjs samt förordar att de nuvarande värdegränserna istället sänks, alternativt delas upp i olika beloppsvärden beroende på föremålet för upphandling och /eller typen av upphandlande myndighet. Kommissionen förordar att den period som ska ligga till grund för beräkningen av direktupphandlingar av samma slag, ändras från räkenskapsår till att motsvara den tolv månadersperiod som närmast föregått datumet för den aktuella tilldelningen.

### 2. Konkurrenskommissionens synpunkter

På upphandlingsområdet bereds för närvarande inom Regeringskansliet (Dir. 2012:96) införlivandet av de nya direktivbestämmelser som i februari 2016 träder i kraft med för bland annat Sverige bindande s.k. direkt effekt. Regeringen har även uppdragit till en särskild utredare (Dir. 2013:105) att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen och lämna förslag till en ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar.

Konkurrenskommissionen förordar mot denna bakgrund att frågan om införandet av en höjd direktupphandlingsgräns avvaktar de lagändringar som ändå måste genomföras i samband med det nationella genomförandet av EU:s nya direktiv på området, varigenom regelförenklingar bör kunna komma ifråga utan att värdegränsen för direktupphandling höjs.

I sak avstyrker Konkurrenskommissionen promemorians förslag om att höja värdegränsen för direktupphandling i LOU till c:a 600.000 kronor, från 15 procent till 32 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

Även förslaget att höja värdegränsen för direktupphandling i LUF till c:a 1.000.000 kronor, från 15 procent till 27 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 1 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF – avstyrks .

### *2.1.1 Små och medelstora företag riskera att slås ut från möjligheten att delta med anbud*

Som framgår av de statistikuppgifter som den tidigare Upphandlingsutredningen har utgått ifrån i betänkandena SOU 2011:73 och SOU 2013:12 hänför sig c:a tre fjärdedelar av samtliga annonserade upphandlingar i Sverige, eller uppskattningsvis c:a 14.000, till sådana upphandlingar som inte regleras direkt genom EU:s förfarandedirektiv för offentlig upphandling<sup>1</sup> utan genom de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF.

Det är huvudsakligen i sådana upphandlingar som små och medelstora s.k. SME-företag kan ha resurser och ett intresse av att delta i med anbud. Som framgår av den statistik som hänvisas till i de ovan angivna betänkandena svarar exempelvis mikroföretag för c:a drygt 30 av det totala antalet vinnande anbud.

Mot denna bakgrund framstår det som betydelsefullt att regelverket i LOU, särskilt i de delar som garanterar de små företagen en effektiv insyn och möjlighet att medverka i sådana upphandlingar, förstärks snarare än försvagas.

En väl fungerande konkurrens vid offentlig upphandling utgör huvudförutsättning för att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna göra förmånliga inköp med avseende på produktkvalitet och pris till nytta för skattebetalare, brukare och konsumenter. Här bör framhållas att många marknader eller produktområden i Sverige utmärks av hög företagskoncentration.<sup>2</sup> Därför är det angeläget att de små företagens förutsättningar att delta i offentlig upphandling underlättas.

Små företag har jämfört med sina större konkurrenter sämre förutsättningar för en effektiv marknadsbevakning, marknadsföring av varor eller tjänster och skapande av vidsträckt kontaktnät. En grundläggande förutsättning för dessa företag att delta i offentlig upphandling är att de kostnads-effektivt kan informera sig om vilka kontrakt som kommer ifråga för upphandling och om villkoren för att delta med anbud i dessa upphandlingar. Det kan konstateras att de små företagens behov av relevant marknadsinformation om pågående upphandlingar uppfylls bl.a. genom det nuvarande obligatoriska annonseringskravet i LOU.

Även de till annonseringsskyldigheten knutna rättsmedlen har enligt Konkurrenskommissionens mening en betydelsefull funktion. Bland annat har Konkurrensverket givit uttryck för att de nya sanktionerna om upphandlingsskadeavgift bidragit till bättre upphandlingar och att upphandlande myndigheter och enheter i allt större utsträckning inser betydelsen av att följa reglerna.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Här avses förfarandedirektiven 2004/17/EG och 2004/18/EG, samt de rättsmedelsbestämmelser som följer av ändringsdirektivet 2007/66/EG.

<sup>2</sup> Se Konkurrensverkets rapporter Åtgärder för bättre konkurrens (2009:4) och Konkurrensen i Sverige 2007 (2007:4).

<sup>3</sup> Se bl.a. <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.458700/konkurrensverket-anser-att-boter-avskracker>.



De små företagen har en helt central roll för ökad sysselsättning och tillväxt.<sup>4</sup> Inte ens ett kontraktsvärde enligt de nuvarande värdegränserna på c:a 271.000 respektive 578.000 kronor kan enligt Konkurrenskommissionens mening anses utgöra något *lågt värde* för ett mindre eller medelstort företag. En ytterligare höjd värdegräns för sådant lågt värde som kan motivera direktupphandling till c:a till c:a 600.000 kronor enligt LOU och till c:a 1 miljon kronor enligt LUF<sup>5</sup> skulle enligt Konkurrenskommissionens mening vara ägnat att allvarligt motverka möjligheten för små företag att effektivt hävda sig i konkurrensen på den offentliga upphandlingsmarknaden och gör att många SME-företag och nyetablerade företag riskerar att slås ut från möjligheten att delta med anbud vid offentliga inköp.

Konkurrenskommissionens erfarenheter, som grundas på bl.a. den egna utredande verksamheten och ärendehandläggningen, visar att tillämpningen av direktupphandling riskerar medföra att främst små och medelstora samt nyetablerade företag förbigås vid offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter hänvisar icke sällan till att de finner det tryggare eller enklare att köpa varor och tjänster direkt från etablerade och av myndigheterna tidigare anlitade, oftast rikstäckande, större företag. För högt fastställda beloppsgränser för direktupphandling medför således med stor sannolikhet att de små företagens förutsättningar att delta i den offentliga upphandlingen försämras.

En annan effekt kan bli att marknads- eller produktområden vars intäkter till stor del härrör från den offentliga sektorns inköp i många fall får (åtminstone på sikt) ökad företagskoncentration. Antalet leverantörer till offentlig sektor riskerar således att komma att koncentreras, genom att små företag inte ges möjlighet att delta med anbud eller rent av riskerar att slås ut från dessa marknader. Av detta torde följa sämre konkurrens och oförmånliga inköp till nackdel bl.a. för det allmänna.

Det kan påpekas att en minskad etablering och närvaro av små och medelstora företag i den offentliga upphandlingen ökar kartellrisken. Avsaknaden av sådana företag gör det nämligen lättare att skapa och upprätthålla otillåtna karteller. Med många företag som lämnar anbud i en fungerande konkurrens motverkas förutsättningarna för sådan kartellbildning som sätter konkurrensen ur spel.

Såvitt Konkurrenskommissionen kunnat konstatera föreligger inga sakliga skäl för att höja värdegränsen för direktupphandling. Tillförlitlig statistik saknas för närvarande om antalet genomförda direktupphandlingar, till vilka värden upphandlingarna har genomförts samt hur många som har tillfrågats eller på vilket annat sätt som tilldelningarna har gått till. Till detta ska läggas att den konsekvensutredning som redovisas i promemorian är bristfällig i så måtto att den inte innehåller någon beräkning av om kostnaderna ökade respektive minskade för leverantörerna.

I enlighet med vad som tidigare framförts i andra yttranden där Konkurrenskommissionen har tagit ställning till en fast värdegräns för direktupphandling anser kommissionen att värdegränsen för direktupphandling bör sättas på en sådan nivå att även SME-företag och nyetablerade företag ges möjlighet till insyn och att delta med anbud i den offentliga inköpsverksamheten.

<sup>4</sup> Rapporten Fakta om små och stora företag, Företagarna, februari 2011.

<sup>5</sup> Gällande tröskelvärde efter den 1 januari 2014 enligt 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU till 207.000 euro eller 1.086.427, varav en ändring av värdegränsen för direktupphandling från 15 till 32 procent motsvarar i realt värde en höjning från 270.964 till 578.056 kronor. Tröskelvärdet enligt 3 kap. 1 § första stycket 1 LUF uppgår till 414.000 euro eller 3.612.854 kronor, varav en ändring från 15 till 27 procent motsvarar i realt värde en höjning från 541.928 till 975.470 kronor - se regeringens tillkännagivande (2014:15) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.



### 2.1.2 Risk för ökad korruption

Upphandlande myndigheters och enheters behov av varor, tjänster och byggtreprenadarbeten från externa leverantörer avser numera omfattande ekonomiska värden och innebär en sådan nära samverkan mellan den offentliga och privata sektorn att förekommande anskaffningar öppnar upp ett riskområde för illojala arbetsmetoder, intressekonflikter, favorisering och bestickning.

Sådana och liknande riskmoment kan motverkas genom de grundläggande principer om likabehandling och öppenhet som finns införda i 1 kap. 9 § LOU, innebärande att upphandling normalt ska annonseras och att de som har deltagit med anbud ska informeras om resultatet och ha möjlighet att få förekommande tilldelningar effektivt överprövade i domstol.

Konkurrenskommissionen menar att den föreslagna utvidgningen av värdegränsen för direktupphandling riskerar att väsentligt öka risken för korruption,<sup>6</sup> eftersom det på ett avgörande sätt skapas ytterligare utrymme för enskilda beslutsfattares godtyckliga bedömningar vid tilldelning av offentliga kontrakt till betydande värden.

Vid sidan den mest kända typen av korruption, som ligger i att olika slags otillbörliga belöningar lämnas eller i vissa fall till och med förväntas i samband med tilldelningen av offentliga kontrakt, uppkommer även en ökad risk för sådan korruption som består av att leverantörer av rädsla för framtida diskriminering och svartlistning väljer att avstå från att uppmärksamma och påtala fel och brister vid den offentliga inköpsverksamheten.

### 2.1.3 Differentierade beloppsgränser för direktupphandling

Konkurrenskommissionen, som tidigare givit uttryck för att de nuvarande värdegränserna för direktupphandling i LOU och LUF (f.n. c:a 270.000 respektive 542.000 kronor) redan i sig är för höga, sett som värdegränser för alla förekommande upphandlingar, av vad slag det vara må. Kommissionen menar istället att en viss ytterligare differentiering bör kunna komma ifråga med olika värdegränser för olika slags upphandlingar.

En sådan differentiering föreligger redan nu, genom att det föreskrivs olika värdegränser för direktupphandling enligt LOU respektive LUF.

Upphandlingskostnaderna varierar med komplexiteten i det som ska upphandlas. Exempelvis kan det vid upphandling av vissa konsulttjänster, såsom revisionskonsulter, datatekniker, juridiska konsulter etc., vara svårt att eller till och med omöjligt att mäta och på ett tillförlitligt sätt bedöma kvaliteten på tjänsterna relativt priset. Dessa tjänster tenderar också ofta att växa under uppdrags-tiden, vilket gör de än mer svårbedömda. Detta skulle kunna motivera att det såsom i bl.a. Finland införs olika nivåer för direktupphandling även inom LOU respektive LUF beroende på föremålet för upphandling. Vid upphandling av exempelvis svårbedömda tjänster bör direktupphandling tillåtas förekomma i större utsträckning än i fråga om upphandling av varor och tjänster av mer lättbedömt slag.

Enligt Konkurrenskommissionens erfarenhet är det sällan centrala statliga myndigheter som brister i fråga om efterlevnad av det upphandlingsrättsliga regelverket. Dessutom föreligger det genom bl.a. den statliga inköpssamordningen i de flesta fall fungerande ramavtal och goda rutiner för förnyad konkurrensutsättning som de statliga myndigheterna följer. Detta gör att effekterna av en höjd gräns för direktupphandling inte riskerar att slå lika hårt för SME-företag om denna begränsas till enbart den statliga sektorn.

<sup>6</sup> Se Transparency International Sverige, rapporten Korruptionsrisker i den kommunala sektorn (Rapport no.2 | 2012); se även Statskontorets rapport Köpta relationer (2012:20), ESO –rapporten Allmännyttan eller egenvinning (2013:2) samt den av Granskningskommissionen i Göteborgs Stad nyligen publicerade rapporten Tillitens gränser (juni 2013).



I LOU och det klassiska upphandlingsdirektivet görs det en skillnad i fråga om tröskelvärdesberäkningen mellan upphandlingar som genomförs av centrala statliga myndigheter<sup>7</sup> och upphandlingar som genomförs av andra upphandlande myndigheter, såsom statliga företag samt kommunala myndigheter och företag. Tröskelvärdet för de statliga myndigheternas upphandling inom den klassiska sektorn uppgår för närvarande till 1.169.378 kronor.<sup>8</sup>

En differentiering av direktupphandlingsgränsen i LOU bör därför kunna övervägas även med hänsyn till om den upphandlande myndigheten är en central statlig myndighet eller någon annan upphandlande myndighet.

## 2.2 Dokumentationsplikten

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om ett särskilt dokumentationskrav men förordar att lagtexten tydliggörs om hur detta krav närmare ska utföras. Kommissionen förordar även att dokumentationskravet ska omfatta så gott som samtliga direktupphandlingar och att en särskild rapporteringsskyldighet ska införas för direktupphandlingar som värdemässigt överstiger ett prisbasbelopp (f.n. 44.500 kronor). Överträdelser ska sanktioneras.

Konkurrensverkets forskningsrapporter på upphandlingsområdet visar att upphandlande myndigheter och enheter allmänt sett är dåliga på att dokumentera sina upphandlingar, oavsett om dessa med hänsyn till produktvärde överskrider gällande gränsvärden för direktupphandling. Till denna fråga hör bristfällig uppföljning av avtalen med leverantörerna. Ett viktigt skäl till detta förfarande torde vara att uppföljning inte en prioriterad fråga, vilket även framgår klart av den nyligen avslutade Upphandlingsutredningen. En bidragande orsak är att i många fall är t.ex. en kommuns eller ett landstings inköp fördelade på ett stort antal förvaltningar, enheter, kommundelar m.m., utan någon central samordning eller uppföljning.

Enligt promemorians förslag ska det föreligga en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att anteckna ”*skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen*”. Vad som därmed avses definieras dock inte närmare. Denna brist på precisering riskerar att leda till ett betydande mått av godtycke avseende såväl vilka uppgifter som ska dokumenteras sättet och för hur uppgifterna dokumenteras.

Redan av regelverket bör det framgå att kravet på dokumentation avser i vart fall uppgifter om kontraktets karaktär med angivande av CPV-kod, kontraktsvärde och löptid, vilka leverantörer som har tillfrågats om respektive deltagit med anbud, vilken leverantör eller vilka leverantörer som har tilldelats kontrakt i upphandlingen med uppgift om tidigare kontrakt för myndigheten eller enheten, vad som utgjort det avgörande skälet för tilldelningen samt andra uppgifter av betydelse för myndighetens eller enhetens val av upphandlingsförfarande och beslutet om tilldelning.

Det bör även finnas en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att årligen rapportera sin dokumentation till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer, för sammanställning och analys. Med användningen av modern datateknik bör denna rapportering kunna automatiseras.

---

<sup>7</sup> Vad som ska anses utgöra svenska centrala statliga myndigheter framgår bl.a. av en (icke uttömmande) förteckning i bilaga IV till det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

<sup>8</sup> Gällande tröskelvärdet efter den 1 januari 2014 enligt 3 kap. 1 § första stycket 1a och 1 b LOU uppgår till 134.000 euro eller 1.169.378 kronor. - se regeringens tillkännagivande (2014:15) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. En värdegräns för direktupphandling på 50 procent av detta belopp motsvarar i realt värde en höjning till 584.689 kronor

Utan sådan särskild specifikation och rapporteringsskyldighet kommer det att bli mycket svårt att kunna genomföra någon utvärdering avseende värdegränserna för direktupphandling och dokumentationsplikten som anges i promemorian.

För att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter att kunna uppfylla kraven på dokumentation och rapporteringsplikt bör det finnas centralt utformade, gärna elektroniska, formulär som exempelvis skulle kunna tillhandahållas av eller finnas tillgängliga hos regeringens myndighet för upphandlingsstöd.

Kommissionen kan inte inse varför dokumentationsplikten ska begränsas till enbart upphandlingar som överstiger 100.000 kronor, vilket är ett förhållandevis högt värde, räknat per kontrakt. Enligt kommissionens mening bör samtliga direktupphandlingar omfattas av samma dokumentationsplikt.

Rapporteringsskyldigheten bör dock kunna begränsas till direktupphandlingar överstigande ett prisbasbelopp (f.n. 44.500 kronor). Denna värdegräns har ursprungligen förekommit som undre riktlinje för vad som enligt äldre bestämmelser kunde anses utgöra lågt värde för direktupphandling.<sup>9</sup>

Erfarenheterna visar att en viktig förutsättning för en effektiv regelefterlevnad på upphandlingsområdet är att tillsynsmyndigheten har effektiva sanktionsmöjligheter vid regelöverträdelser. Konkurrenskommissionen anser därför att föreskrifterna om dokumentation m.m. riskerar att inte bli effektiva om dessa inte även sanktioneras. En sanktion skulle exempelvis kunna vara utformad så att den rättsliga kvalifikationen av en direktupphandling är kopplad till att kraven på dokumentation och rapportering har uppfyllts inom viss tid. Vidare bör regeringen uppdra till tillsynsmyndigheten (Konkurrensverket) att löpande, förslagsvis årligen, avrapportera upphandlande myndigheters efterlevnad av regler om direktupphandling och dokumentationsplikt.

#### *1.4 Direktupphandlingar av samma slag*

Det nuvarande systemet i 15 kap. 3 a § LOU respektive LUF – med en fast angiven tidsperiod, definierad som ”räkenskapsåret”, under vilken samtliga direktupphandlingar av samma slag ska läggas till grund för beräkningen av värdegränsen för direktupphandling – medför vissa brister i att det riskerar att uppkomma tröskeeffekter vid upphandlingar som genomförs nära de årligen återkommande brytpunkterna.

Förutsättningarna för direktupphandlingar som genomförs i slutet av ett räkenskapsår kan således vara andra än för upphandlingar som genomförs i början av räkenskapsåret. Det nuvarande systemet riskerar även att bjuda in till taktisk uppdelning av en upphandling, med hälften före och hälften efter brytpunkten.

---

<sup>9</sup> Enligt äldre bestämmelser vid tillämpning av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling borde det framgå av den upphandlande myndighetens (”enhetens”) upphandlingspolicy/riktlinjer vad som ska räknas som lågt värde för direktupphandling. En vanlig värdegräns som rekommenderades av den dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) var ett (1) basbelopp för varor och enklare tjänster och två (2) basbelopp för kvalificerade (”intellektuella”) tjänster – se bl.a. SOU 199:139 s. 80.



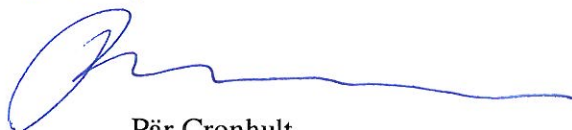
Konkurrenskommissionen förordar därför att den period som ska ligga till grund för beräkningen av direktupphandlingar av samma slag ändras från räkenskapsår till att motsvara den tolv månadersperiod som närmast föregått datumet för den aktuella tilldelningen.

Stockholm den 27 januari 2014

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand-Linderoth  
/ordförande/



Pär Cronhult  
/föredragande/