

Synpunkter kopplat till översynen av EU:s regler för offentlig upphandling

Kommunen välkomnar EU-kommissionens initiativ att se över direktiven om offentlig upphandling. Offentlig upphandling är ett centralt verktyg för en effektiv användning av offentliga medel och för att främja konkurrens, innovation och hållbar utveckling inom den inre marknaden.

Samtidigt visar praktiska erfarenheter att nuvarande regelverk i vissa avseenden präglas av hög grad av komplexitet och formalism, vilket kan försvåra affärsmässiga bedömningar och i vissa fall motverka direktivens övergripande syften. EU-kommissionens översyn bör därför inriktas på ökad flexibilitet, tydlighet och ändamålsenlighet, utan att ge avkall på grundläggande principer om likabehandling, transparens och rättssäkerhet.

Genom ökad tydlighet, minskad formalism och stärkt affärsmässighet kan offentlig upphandling bättre bidra till effektivare resursanvändning och en väl fungerande inre marknad. Nedan lämnas kommunens synpunkter på kommande översyn och förslag till utveckling av regelverket.

1. Samlad uteslutningsgrund för bristande affärsmässig tillförlitlighet, företrädaansvar och tidigare prestationer

Direktiven bör kompletteras med en tydligare och mer generell fakultativ uteslutningsgrund som ger upphandlande organisationer möjlighet att utesluta leverantörer som, utifrån en samlad och proportionerlig bedömning, bedöms sakna affärsmässig tillförlitlighet.

Behov av ett utvidgat tillämpningsområde

Till skillnad från de obligatoriska uteslutningsgrunderna, där det uttryckligen framgår att skyldigheten att utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande även gäller om uteslutningsgrunden är tillämplig på en personkrets inom ett leverantörsföretag, tar de nuvarande fakultativa uteslutningsgrunderna i huvudsak sikte på den ekonomiska aktören som juridisk person. Detta innebär i praktiken att oseriösa aktörer i vissa fall kan kringgå regelverket genom en intern omorganisation eller genom att avveckla eller lämna ett bolag och därefter fortsätta verksamheten i ett nytt företag, trots dokumenterade brister i tidigare kontraktsförhållanden.

För att motverka detta bör direktiven i större utsträckning möjliggöra att även företrädare för den ekonomiska aktören, såsom ägare, styrelseledamöter och ledande befattningshavare, kan beaktas vid kontroll av de fakultativa uteslutningsgrunderna.

Tidigare prestationer och professionellt uppträdande

Den samlade tillförlitlighetsbedömningen av den ekonomiska aktören bör kunna grundas på dokumenterade omständigheter som visar bristande seriositet eller professionalism, även när dessa inte lett till formella avtalsrättsliga påföljder. Detta bör bland annat kunna omfatta:

- upprepade eller allvarliga brister i fullgörandet av tidigare offentliga kontrakt
- återkommande kvalitetsbrister, förseningar eller bristande samarbetsförmåga
- dokumenterat hotfullt, trakasserande eller osamarbetsvilligt beteende från den ekonomiska aktörens företrädare i samband med tidigare kontraktsgenomförande, när detta haft en negativ påverkan på arbetsmiljön för den upphandlande organisationens personal

Sådana omständigheter kan allvarligt påverka möjligheterna till ett fungerande avtalsförhållande och bör därför kunna tillmätas betydelse vid bedömningen av den ekonomiska aktörens tillförlitlighet.

Uteslutningstidens längd

Kommunen anser vidare att den maximala tid under vilken en ekonomisk aktör kan uteslutas enligt de fakultativa uteslutningsgrunderna bör ses över. Nuvarande tidsramar kan i vissa fall vara otillräckliga för att säkerställa att allvarliga eller systematiska brister faktiskt får en reell konsekvens.

En förlängd uteslutningstid, i kombination med en väl fungerande möjlighet till self-cleaning, skulle skapa bättre incitament för faktiska och varaktiga förbättringsåtgärder av de omständigheter som ligger till grund för uteslutningen.

Rättssäkerhet och proportionalitet

Ett utvidgat utrymme att beakta företrädare, tidigare prestationer och professionellt uppträdande bör kombineras med tydliga krav på dokumentation, individuell prövning och proportionalitet samt med möjlighet för den ekonomiska aktören att bemöta de omständigheter som åberopas.

Reglerna om self-cleaning bör samtidigt förtydligas, så att det klart framgår att det är den ekonomiska aktören som har bevisbördan för att vidtagna åtgärder är tillräckliga för att återställa tilliten.

2. ESPD – behov av obligatorisk standardisering och förenkling

ESPD-systemet är i grunden ett ändamålsenligt verktyg för att minska den administrativa bördan och underlätta gränsöverskridande deltagande i offentlig upphandling. I sin nuvarande utformning uppfyller systemet dock inte fullt ut sitt syfte.

Till följd av nationella variationer, olika tolkningar och ett komplext dokument uppstår i praktiken osäkerhet och onödiga kompletteringar, vilket kan leda till förkastande av anbud på rent formella grunder.

Vid översynen av direktiven bör EU-kommissionen se över möjligheten att:

- införa ett obligatoriskt och fullt harmoniserat ESPD-standarddokument som ska användas av samtliga medlemsstater
- förenkla och strukturera dokumentet så att dess funktion som egenförsäkran tydliggörs
- säkerställa att dokumentet är praktiskt hanterbart även för små och medelstora företag

En sådan reform skulle stärka rättssäkerheten, minska den administrativa bördan och bidra till en mer enhetlig tillämpning inom unionen.

3. Ökad flexibilitet vid rättelse, förtydligande och komplettering av anbud

För att stärka konkurrensen och öka små och medelstora företags möjlighet att delta i offentlig upphandling bör direktiven i större utsträckning möjliggöra rättelse, förtydligande och komplettering av anbud och ansökningar.

Nuvarande regelverk och rättspraxis präglas i många fall av en hög grad av formalism, där mindre formella brister kan få oproportionerligt stora konsekvenser trots att leverantören i sak uppfyller samtliga krav.

Direktiven bör därför tydligare slå fast att upphandlande organisationer har ett reellt handlingsutrymme att begära rättelser och förtydliganden, under förutsättning att likabehandling och transparens upprätthålls. Ett sådant synsätt kan bidra till faktisk konkurrens utan att äventyra rättssäkerheten.

4. Förenkling av upphandlingsförfaranden

De nuvarande direktiven innehåller ett flertal upphandlingsförfaranden med delvis överlappande syften och komplexa tillämpningsförutsättningar. Detta innebär i praktiken en ökad risk för fel och överprövningar samt en betydande administrativ belastning.

Kommunen anser att de upphandlingsrättsliga regelverken bör förenklas genom att antalet upphandlingsförfaranden minskas. Det bör övervägas om det i huvudsak är tillräckligt med två olika förfaranden med möjlighet (men ingen skyldighet) att förhandla i båda förfarandena:

- Öppet förfarande med eller utan förhandling som huvudregel
- förhandlat förfarande utan föregående annonsering för särskilt motiverade undantagssituationer

För att det öppna förfarandet ska vara förenlig med den grundläggande upphandlingsprincipen om transparent bör det tydligt framgå av upphandlingsdokumenten om förfarandet tillåter förhandling eller inte. En sådan struktur skulle öka flexibiliteten, stärka affärsmässigheten och göra regelverket mer överskådligt för både upphandlande organisationer och leverantörer.

5. Höjda tröskelvärden för varor och tjänster

De nuvarande tröskelvärdena för varor och tjänster enligt den klassiska sektorn är relativt låga i förhållande till den komplexitet som följer av direktiven. Samtidigt är andelen anbudsgivare från andra medlemsstater vid upphandlingar nära tröskelvärdena generellt låg.

Mot denna bakgrund bör EU-kommissionen överväga att höja tröskelvärdena för varor och tjänster enligt den klassiska sektorn, i syfte att:

- ge medlemsstaterna större flexibilitet att utforma sina upphandlingar utifrån nationella behov
- minska den administrativa bördan
- underlätta deltagande för små och medelstora företag

Att upphandlingar genomförs på nationell nivå under tröskelvärdena hindrar inte ekonomiska aktörer från andra medlemsstater att delta i upphandlingen och står därmed inte i strid med den fria rörligheten, så länge de grundläggande upphandlingsprinciperna respekteras.

6. Ökat nationellt handlingsutrymme vid upphandling av beredskapsförsörjning

Den förändrade säkerhetspolitiska situationen i Europa aktualiserar behovet av att säkerställa robusthet och försörjningstrygghet vid kris, höjd beredskap eller krig. En översyn av direktiven bör därför ge medlemsstaterna större möjlighet att beakta beredskaps- och säkerhetsaspekter vid offentlig upphandling.

Direktiven bör tydligare möjliggöra nationellt anpassade lösningar vid upphandling av beredskapsförsörjning, särskilt när faktisk tillgänglighet och leveransförmåga under extraordinära förhållanden är avgörande. Ett avtal som fungerar i normalläge men inte kan fullgöras i kris riskerar att bli verkningslöst.

Ett sådant handlingsutrymme bör vara proportionerligt och objektivt motiverat och ses som ett förtydligande av befintliga möjligheter inom EU-rätten, snarare än som ett avsteg från den inre marknaden.

7. Onormalt låga anbud – behov av stärkt handlingsutrymme för upphandlande organisationer

Reglerna om onormalt låga anbud syftar till att motverka osund konkurrens och säkerställa att offentliga kontrakt kan fullgöras på ett tillförlitligt sätt. I praktiken är upphandlande organisationers möjlighet att förkasta onormalt låga anbud dock begränsad. Det är i dag tillräckligt att den ekonomiska aktören på ett tillfredsställande sätt förklarar det låga priset för att det inte ska vara tillåtet att förkasta anbudet som onormalt lågt, även om den upphandlande organisationen fortsatt bedömer att det finns betydande risker kopplade till genomförandet.

Denna ordning kan leda till rättsosäkerhet och öppnar för att oseriösa aktörer tilldelas kontrakt, vilket i förlängningen riskerar bristande kvalitet, avtalsproblem och ökade kostnader.

Direktiven bör ge upphandlande organisationer ett starkare och tydligare mandat att förkasta anbud som bedöms vara onormalt låga, även efter att en förklaring har lämnats, om den samlade bedömningen visar att risken för bristande fullgörande är betydande.

Som ett alternativ eller komplement bör direktiven tydligare möjliggöra att upphandlande organisationer kan:

- ange ett golvpris eller motsvarande lägstanivå som ett obligatoriskt krav, när detta är objektivt motiverat utifrån marknadsanalys, kvalitet och genomföranderisk
- En sådan möjlighet skulle minska risken för osunda affärsmodeller och bidra till mer hållbara, seriösa och ändamålsenliga upphandlingar

8. Mer flexibla och tydligare regler för ändring av ramavtal och kontrakt

Nuvarande regler om ändring av upphandlade kontrakt och ramavtal är i många fall svåröverskådliga och restriktiva. Samtidigt präglas marknaden och omvärlden av snabba förändringar, exempelvis till följd av teknikutveckling, geopolitiska händelser, inflation eller störningar i leveranskedjor.

Ett alltför begränsat handlingsutrymme att anpassa befintliga avtal kan leda till ineffektiva lösningar och ökade kostnader.

Kommunen anser därför att direktiven bör:

- förtydliga och förenkla reglerna om tillåtna avtalsändringar
- ge upphandlande organisationer större flexibilitet att anpassa kontrakt och ramavtal till förändrade förutsättningar, under förutsättning att ändringarna är proportionerliga och inte syftar till att kringgå upphandlingsregelverket

Ett sådant förtydligande skulle bidra till mer träffsäkra och ändamålsenliga avtal samt till en mer effektiv användning av offentliga medel.

9. Nationell annonsdatabas och system för elektronisk kommunikation

För att stärka tillgängligheten, transparensen och deltagandet i offentlig upphandling bör EU-kommissionen överväga att kräva att varje medlemsstat tillhandahåller en nationell annonsdatabas för offentlig upphandling.

I Sverige är marknaden för annonsdatabaser i dagsläget konkurrensutsatt. Det innebär att upphandlingar publiceras i flera olika databaser. För leverantörer, särskilt små och medelstora företag samt från andra medlemsstater, medför det betydande praktiska svårigheter. Leverantörer behöver bevaka och lära sig flera olika system för att få en samlad bild av aktuella upphandlingar, vilket kan utgöra ett hinder för deltagande.

Avsaknaden av ett sammanhållet nationellt system för annonsering riskerar därmed att minska konkurrensen och motverka direktivens syfte att underlätta marknadstillträde.

EU-kommissionen bör därför utreda möjligheten att:

- kräva att medlemsstaterna tillhandahåller en nationell annonsdatabas för offentlig upphandling
- säkerställa att databasen är kostnadsfritt tillgänglig och användarvänlig
- utforma databasen och systemet med särskilt fokus på små och medelstora företags behov

En sådan ordning skulle underlätta marknadsöverblick, minska administrativa trösklar och bidra till ökad konkurrens såväl nationellt som inom EU:s inre marknad. Detta skulle även leda till mer tillförlitlig nationell statistik kopplat till de offentliga affärerna.

10. Förtydligande och förenkling av reglerna om olämpliga, ogiltiga och oacceptabla anbud

Reglerna om olämpliga, ogiltiga och oacceptabla anbud spelar en central roll för bedömningen av om och hur ett upphandlingsförfarande kan avslutas eller övergå till ett annat förfarande. I praktiken är dessa begrepp dock svåravgränsade och överlappar delvis varandra, vilket skapar osäkerhet i tillämpningen.

Det är ofta svårt för upphandlande organisation att avgöra vilken kategori ett visst anbud faller inom. Samtidigt kan denna klassificering få avgörande betydelse för vilka handlingsalternativ som står till buds, exempelvis möjligheten att övergå till ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering.

Kommunen anser därför att EU-kommissionen, i samband med översynen av direktiven, bör:

- se över och tydligare definiera begreppen olämpliga, ogiltiga och oacceptabla anbud
- minska gränsdragningsproblemen genom mer ändamålsenliga och praktiskt tillämpbara kriterier

Det finns även skäl att ifrågasätta varför en övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering i dag endast är möjlig när det ursprungliga förfarandet varit ett öppet eller selektivt förfarande. En sådan begränsning framstår inte som självklar ur ett effektivitetsperspektiv och riskerar att leda till onödiga omtag och fördröjningar.

En översyn av dessa regler skulle bidra till ökad rättssäkerhet, bättre förutsebarhet och mer effektiva upphandlingsprocesser.

Kontaktpersoner Botkyrka kommun

Ansvarig handläggare: Victoria Westergren, Upphandlingsansvarig

Ansvarig chef: Viktor Morawski, enhetschef på inköpsenheten