



REMISSVAR

2019-01-15

Dnr: Fi2018/02531/OU

Finansdepartementet

Avdelningen för offentlig förvaltning

Enheten för offentlig upphandling

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

Småföretagarnas Riksförbund har tagit del av SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt och lämnar här förbundets synpunkter kring förslaget.

Småföretagarnas Riksförbund är ett förbund av småföretagare för småföretagare och har som syfte att påverka politiska beslut för att göra det enkelt, tryggt och lönsamt att driva företag. Förbundets näringspolitiska program inrymmer förslag på vad som behöver förändras och förbättras för att stärka företagsklimatet för mikro- och småföretag på ett nationellt plan. En anpassning av LOU till små företags villkor är en viktig del i dessa förbättringsåtgärder.

Lagen om offentlig upphandling måste anpassas till småföretagens villkor. Större organisationer kan alltid anpassa sig till regler som gäller för de mindre företagen, men det är svårare åt andra hållet. Småföretagarnas Riksförbund vill vara en drivkraft för att förbättra affärsmöjligheterna mellan mikroföretag och de offentliga aktörerna.

Den offentliga sektorn gör årligen upphandlingar av varor och tjänster för väl över 600 miljarder kronor. Offentlig upphandling omfattar således mycket stora belopp varje år. Det som köps in för skattepengar omgärdas av stor byråkrati och ett snårigt regelverk, vilket medför att det i realiteten missgynnar mindre företag.

Det är i första hand större företag och organisationer som får del av den skattefinansierade upphandlingen och som kan anpassa sig till LOU, vilket resulterar i att allt färre företag lämnar anbud på offentlig upphandling. Genom krångligare regler med juridik, i stället för affärsmässighet, kommer våra gemensamma skattepengar att slösas bort i onödan. Allt fler upphandlingar drar ut på tiden p.g.a. överklaganden till förvaltningsdomstolen.

Det är av vikt att skapa en sund hantering av offentliga inköp och belöna affärsmässighet och kvalitet före pris (alla vet ju att man i allmänhet får vad man betalar för). Det vore ett steg i rätt riktning mot sundare hantering av de gemensamma inköpen från stat och kommun. Dessutom skulle överklaganden av offentliga upphandlingar kunna prövas av ett organ, specialiserat på inköp och upphandling ur ett verksamhetsperspektiv och inte av en juridisk förvaltningsdomstol. Ett sådant inköpsorgan bör åläggas att agera transparent och etablera en öppen och ömsesidig relation med företrädare för småföretagare.



Det är vanligen förekommande att förfrågningsunderlag innehåller "ovidkommande" krav. Det kan gälla krav på omsättning som vida överstiger den beräknade anbudssumman, hänvisning till standard eller till myndighet som upphört eller t.o.m. krav på snöröjningsplan för något som ska utföras under sommaren. Den här typen av "överkrav" diskvalificerar småföretag och fördyrar processerna.

Allt fler kommuner kräver dessutom i sina förfrågningar att anbudsgivare skall ha tecknat kollektivavtal eller ha kollektivavtalsliknande sådana. Detta begränsar i hög grad småföretagens möjligheter att delta.

Småföretagarnas Riksförbund anser att presenterad utredning har en del fina och vällovliga anslag som ligger väl i linje med förbundets intentioner. Till exempel förenkla upphandling och göra den mer affärsmässig, minska risken för korruption samt ge mindre företag och idéburna organisationer möjlighet att utföra offentliga uppdrag. Tyvärr verkar utredaren inte riktigt kunna hålla ihop utredningen, eftersom en del förslag blir kontraproduktiva och dåligt underbyggda. Detta lyfts tydligt fram i det särskilda yttrandet av experterna Pär Cronhult, Ulrica Dyrke, Ellen Hausel Heldahl och Stefan Holm. De formulerar sig bl.a. *För att säkerställa allmänhetens förtroende för myndigheterna/enheterna är det av största vikt att lagstiftningen inte tillåter ovidkommande hänsyn, utan att allmänna medel används till att göra goda affärer. Vi småföretagare tillhör denna allmänhet, och önskar man våra anbud så måste man lyssna på och ta hänsyn till oss.*

Utredningen använder begreppen småföretag och mikroföretag som samlad grupp utan att ange vilken definition av grupperna man avser. Om begreppen utgår från EU-definitioner så innebär det att mikroföretag har färre än 10 anställda och småföretag färre än 50 anställda. Att som utredningen gör likställa ett företag med enstaka anställda med dem med betydligt fler anställda och därmed resurser för övrigt, verkar slarvigt och oseriöst.

Utredningen innehåller en stor mängd "bakgrundsinformation", vilket i sig kan vara av intresse. Bakgrundsinformationen är dock alltför sällan kopplad till de faktiska förslagen, vilket gör utredningen väl omfångsrik. De skarpa förslagen ligger egentligen bara i de delar som är kopplade till avgifter eller kostnader för företag. Eftersom dessa kostnader kan upplevas höga kommer de att avskräcka mikroföretag från att lämna anbud till offentlig upphandling. Något man inte berör är huruvida processkostnader eller prövningsavgifter ska utgöra avdragsgilla kostnader enligt Skatteverkets definitioner.

Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Den nationella upphandlingsstrategin, som regeringen antog 2016, borde ha utgjort ett rimligt underlag för förenklingsförslag. *Offentlig upphandling som strategiskt verktyg för en god affär, En mångfald av leverantörer och en väl fungerande konkurrens* och *En offentlig upphandling som främjar innovationer och alternativa lösningar* borde ha varit ledstjärnor.

Statskontorets uppdrag att *upptäcka och förebygga korruption* avspeglas egentligen ingenstans i förenklingsförslagen. Snarare tvärt om. Transparens genom tydliga och enkla system hade varit bättre lösningar än långa resonemang om var lagtext ska placeras.

Begreppet affärsmässighet utmönstrades i 2007 års LOU till förmån för de fem grundläggande principer för upphandling; likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, samt principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Utredningen anger att *Den upphandlande myndigheten ska genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt*, men det saknas förslag på hur detta ska kunna kontrolleras eller ifrågasättas. I stället för att använda förvaltningsdomstolar, vilka hanterar en mängd andra ärenden än just upphandling, skulle ett särskilt organ formeras för just upphandling. Estland och t.o.m. Grekland har gått denna väg. (Utredningen formulerar sig *eftersom förfarandena vid domstolar generellt sett tar längre tid och leder till sämre beslut än förfaranden vid specialiserade administrativa prövningsorgan.*) Detta kunde kanske skapas inom Upphandlingsmyndigheten, men det är väsentligt för förtroendet hos småföretagare att aktiva företagare finns representerade i detta organ.

Utredningens förslag om att dokumentationsskyldighet inte ska gälla vid upphandlingar till värde under 100 000 kr rimmar illa med allt som skrivs om korruption. Även vid belopp, som ur det offentliga perspektiv kan synas lågt men ur den lille företagarens perspektiv kan vara betydande, måste dokumentation ske för att transparens ska kunna uppnås. Förslaget borde ligga på att tekniskt lösa detta genom digitala lösningar där dokumentationskravet inte behöver vara lika omfattande vid mindre som för större upphandlingar. Att ta bort skyldigheten att annonsera upphandlingar mellan direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet, som utredningen föreslår, utan att skapa ett system för att kunna följa upp dessa upphandlingar verkar ogenomtänkt. (Formuleringarna blir dessutom lite motstridiga...*Dokumentationsskyldigheten gäller dock inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor respektive Dokumentationsskyldigheten bör gälla för alla direktupphandlingar, således inte bara de vars värde uppgår till minst 100 000 kronor.*)

Förslaget om att "separata operativa enheter" ska kunna hantera beloppsgränser vid upphandling var för sig oberoende av vilken organisation de tillhör verkar väl inte motverka korruption? För att detta ska kunna fungera måste det till ett tydligare system för insyn och transparens vid upphandling. För vanliga företag hanteras allt inom samma organisationsnummer, varför det blir märkligt när myndigheter ska få egna regler. Detta kan väl inte utgöra steg mot regelförenkling?

Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt. Vad har utredningen för förslag om detta då inte sker? Hur ska den lille aktören eller skattebetalaren kunna inse detta eller kunna få rättelse? Utredningen konstaterar ju att *det praktiska upphandlingsarbetet har fått stå tillbaka för de mer detaljerade kraven som återfinns i upphandlingslagstiftningen.*

Överprövning

Att Sverige har flest överprövningsmål inom EU borde föranlett en djupare analys, vari bl.a. upphandlares kompetens, kravspecifikationer och förfrågningsunderlags utformning skulle kunnat utgöra en grund. Att upphandlingar blivit mer juridik än affärsmässighet konstaterar ju utredningen på sina ställen. Förslagen med prövningsavgift förändrar inte detta, utan visar bara okunnighet om de mindre företagens förhållanden i Sverige. En prövningsavgift på 7 500 kr för Lasse målare kan innebära 1 % av hans årsomsättning, medan det för Skanska blir så små delar av promille att det inte ens går att räkna ut antalet decimaler. Är detta vad som kan kallas att utredningen ska *tillgodose kraven på rättssäkerhet*? Samma gäller utredningens förslag om processkostnadsansvar där man faktiskt konstaterar att *Den processavhållande effekten skulle troligen främst gälla mindre,*



*kapitalsvaga leverantörer som inte vågar riskera att förlora en överprövningsprocess med de kostnader som kan bli följden. I våra konkurrentländer stimuleras i stället företagande genom bl.a. enklare regler och de mindre företagen inbjuds särskilt till offentlig upphandling. Avseende processkostnadsansvar framgår att bara stora företag ska ges möjlighet till överprövning genom utredningens formulering *I många mål är upphandlande myndigheter och enheter respektive leverantörer att betrakta som jämbördiga parter*. Mikroföretag kan väl sällan betecknas som jämbördig med staten eller en kommun?*

Det övergripande målet för utredningen verkar vara att minska mängden överprövningar. Eftersom de flesta företag är mikroföretag (ungefär 97 %) så blir det ju enklast att utforma regler för att utesluta denna grupp. Utredningen konstaterar ju också att *I den utsträckning en avgift faktiskt skulle verka avhållande på leverantörer skulle det främst gälla småföretagare*.

Avsaknaden av argumentationen för att prövningsavgiften ska vara just 7 500 kr är tyvärr inte det enda område där säkra slutsatser och förslag hänger i luften. *Utredningen konstaterar mot denna bakgrund att det knappast finns anledning att utgå från att antalet överprövningsmål eller överprövade upphandlingar kommer att öka under överskådlig tid* saknar underlag. Att studera tidigare år innebär inte att framtiden finns tydlig i kristallkulan.

Ett konstaterande som borde kunnat väcka till eftertanke är att *stora företag som ansöker om överprövning vinner framgång i något högre utsträckning än andra sökande* (andra sökanden förstås kanske mindre företag?). Beror detta på att stora företag och offentliga upphandlare i bägge fallen pratar juridik med varandra? Att prövningen och Förvaltningsdomstolarnas opartiskhet inte fungerar fullt ut? Att småföretag klagat i onödan?

Att inte bestämma och begränsa handläggningstidens längd i överprövningsmål ser ut som en eftergift för större företag och långsam byråkrati. Det är sällan som mikroföretag har framförhållning och "extraresurser" för att vänta ett halvår eller mer på beslut. Den genomsnittliga handläggningstiden på över 4 månader verkar alldeles för lång. *Utredningen anser dock att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål*.

Trots konstaterandet att *Kostnaderna är emellertid svårbedömda* så excellerar man med olika former av beräkningar, vilka sannolikare är fel än rätt. Till vilken nytta då?

Trots utredningens konstaterande att *Om en av parterna inom ett rättsområde typiskt sett är att betrakta som finansiellt svagare än den andra parten finns ofta särskilda skyddsregler för den svagare parten* så leder detta inte till några förslag i utredningen. Intrycket blir att utredningen vill hålla mikroföretag utanför offentlig upphandling på alla upptänkliga vis. Även *upphandlande myndigheter pekar på att småföretag kan komma att drabbas mycket hårt av ett processkostnadsansvar* och *upphandlande myndigheter är oroade för att ett processkostnadsansvar skulle bidra till en ytterligare juridifiering av upphandlingen* är tydliga tecken på att verkligheten har andra uppfattningar än utredaren.



Konsekvensanalys

Konsekvensanalysen har verkligen övrigt att önska. Den innehåller inte bara fluffiga resonemang och tveksamma beräkningar utan dessutom mycket märkliga antaganden. *Eftersom upphandlande myndigheter och enheter statistiskt sett vinner fler överprövningsmål än de förlorar kommer ett processkostnadsansvar sannolikt totalt sett innebära en kostnadsminskning för de statliga myndigheterna.* När större företag oftare vinner än små företag och utredningen vill skrämja bort de små, så borde väl konsekvensen bli att större andel av överprövningarna kommer att förloras av det offentliga?

Ska man som företagare berätta för sitt försäkringsbolag att man har för avsikt att lämna anbud på offentlig upphandling och vad skulle detta i så fall kunna rendera i högre försäkringspremie? Skulle detta gynna utvecklingen mot fler och mer innovativa deltagare i offentlig upphandling?

Den tveksamma attityden till och den bristande förståelsen för företagandes villkor i stort och i synnerhet för de minsta framgår av *Kostnaden är emellertid frivillig i den meningen att företagen själva kan ta ställning till om de vill ansöka om överprövning och därigenom riskera att ådra sig de kostnader som det skulle kunna medföra.* Spekulationerna i hur olika branscher skulle påverkas blir ju direkt löjlig. Resonemanget om att det *kan möjligen tas till intäkt för att mindre företag lämnar konkurrenskraftiga anbud i lika stor utsträckning som större företag, men är mindre insatta i de upphandlingsreglerna* borde väl ha föranlett någon form av analys hur dessa regler kunde bli enklare.

I detta ärende har förbundsordföranden Peter Thörn beslutat och näringspolisk talesperson Erik Sjölander varit föredragande.

Med vänliga hälsningar

Peter Thörn

Förbundsordförande

Småföretagarnas Riksförbund