

PM 2004 RI (Dnr 125-2941/2004)

Samordnad upphandling (Ds 2004:37)

Remiss från Finansdepartementet

Remisstid 17 november 2004

Borgarrådsberedningen föreslår kommunstyrelsen besluta följande

1. Som svar på remissen Samordnad upphandling (Ds 2004:37) överlämnas och återopas denna promemoria.
2. Protokollet i detta ärende förklaras omedelbart justerat.

Föredragande borgarrådet Annika Billström anför följande.

Bakgrund

Staden har från Finansdepartementet för yttrande fått en departementspromemoria angående möjligheten att genom lag skapa rättsliga förutsättningar för kommuner och landsting att överlåta rätten att fatta s.k. tilldelningsbeslut m.m. till andra upphandlande enheter samt till företag som har anknytning till den kommunala sektorn genom att helt eller delvis ägas av Kommun- eller Landstingsförbundet.

Remisser

Ärendet har för synpunkter remitterats till stadsledningskontoret, gatu- och fastighetsnämnden och socialtjänstnämnden.

Stadsledningskontoret tillstyrker förändringen då den öppnar för ett utvecklat samarbete i upphandlingsärenden, vilken även bör resultera i minskade administrativa kostnader för upphandlingsprocessen.

Gatu- och fastighetsnämnden har inga invändningar mot lagändringen. Den kan medföra positiva effekter för konkurrensen samt administrativa besparingar.

Socialtjänstnämnden beslöt i enlighet med förvaltningens tjänsteutlåtande. Förvaltningen var i detta positiv till den föreslagna lagens bestämmelser om delegation.

Mina synpunkter

Jag instämmer i remissinstansernas positiva syn på de föreslagna förändringarna vad gäller upphandlingar. Det är angeläget att upphandlingarna ger kommunen, och därmed invånarna som brukar våra tjänster, bästa möjliga kvalitet till lägsta pris. Den föreslagna förändringen ger ökade möjligheter till detta genom större volymer samt lägre administrativa kostnader vid samordnad upphandling. Samordningen ger därutöver ökade möjligheter att använda upphandlingen som ett mer offensivt verktyg för att driva på produktutvecklingen mot mer miljövänliga och effektiva lösningar. Den samlade volymen hos Sveriges kommuner och landsting kan på ett kraftfullt sätt bidra till en hållbar utveckling.

Regeringen bör i det fortsatta arbetet med detta förslag överväga att undanröja begränsningen vad gäller möjligheten att ge delegation endast till annan upphandlande enhet. Denna är olycklig då begränsningen inte ger kommunerna möjligheter att exempelvis samordna sig via fristående bolag som det av Förenade kommunföretag AB ägda upphandlingsbolaget Kommentus AB som inte torde utgöra en upphandlande enhet i lagens mening.

För stadens fortsatta egna arbete med upphandlingar vill jag även påpeka remissinstansernas synpunkter att endast större företag kan klara de sammanslagna volymerna, vilket kan medföra marknadskoncentration med svag konkurrens och oförmånliga inköpsvolymerna som följd. Vidare bör samordningen, som stadsledningskontoret påpekat, användas med viss försiktighet då den kan göra det svårare för små och medelstora företag att delta. Samordningen bör därför alltid föregås av en analys av de långsiktiga effekter som förfarandet kan få på den berörda marknaden.

Jag föreslår kommunstyrelsen besluta följande

1. Som svar på remissen Samordnad upphandling (Ds 2004:37) överlämnas och åberopas denna promemoria.
2. Protokollet i detta ärende förklaras omedelbart justerat.

Stockholm den 3 november 2004

ANNIKA BILLSTRÖM

Borgarrådsberedningen tillstyrker föredragande borgarrådets förslag.

ÄRENDET

Bakgrund

Finansdepartementet har översänt en departementspromemoria (Ds 2004:37) om samordnad upphandling för yttrande.

Promemorian är ett svar på en skrivelse från Kommun- och Landstingsförbunden där man hemställt att regeringen ändrar lagen så att det blir möjligt att överlåta rätten att fatta så kallade tilldelningsbeslut till andra upphandlande enheter samt till företag som har anknytning till den kommunala sektorn genom att helt eller delvis ägas av Kommun- eller Landstingsförbundet.

Kommunförbundets/Landstingsförbundets hemställan är föranledd av det faktum att kommuner och landsting, enligt kommunallagens (1991:900) bestämmelser, inte får överlåta tilldelningsbeslutet på annan. Vid en samordnad upphandling måste därför de s.k. tilldelningsbesluten fattas av var och en av de kommuner eller landsting som deltar i upphandlingen, vilket är administrativt betungande. Motsvarande begränsningar föreligger om en kommun eller ett landsting vill delegera upphandlingens avslutande till annan upphandlande enhet.

Vidare behandlas de förändringar som följer av EG-direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Direktiven behandlar bl.a. möjligheterna att inrätta inköpscentraler och användningen av ramavtal.

I promemorian ges en genomgång av gällande rättsläge vad gäller de legala möjligheterna för kommuner och landsting att samarbeta och genomföra gemensamma upphandlingar. Det konstateras att möjligheterna till att överlåta beslutsfattandet i upphandlingen på extern part är ytterst begränsade.

I dag krävs att varje upphandlande enhet själv fattar beslut om tilldelning av kontrakt. Det medför en utdragen och omständlig procedur. Möjligheterna att överlåta beslutshandlingen på enheter utanför kommunen är i dag ytterst begränsade. De möjligheter som finns är i huvudsak bildandet av gemensamma nämnder och fullmaktssystemet. Delegering till personer utanför den egna kommunen kan endast ske med direkt lagstöd.

Den föreslagna ändringen ska göra det möjligt att delegera uppgifterna att

1. besluta om leverantör och anbud enligt 1 kap. 28§ lagen om offentlig upphandling
2. underteckna upphandlingskontrakt, eller
3. på annat sätt avsluta upphandlingen.

Lagen inskränker med hänvisning till direktiven delegationen till att gälla upphandlande enheter enligt definitionen i 1 kap. 5§ LOU.

En sammanfattning av promemorians förslag finns som *bilaga* till detta ärende.

REMISSER

Ärendet har för synpunkter remitterats till stadsledningskontoret, gatu- och fastighetsnämnden och socialtjänstnämnden.

Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande daterat den 7 oktober 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget i departementspromemorian om att genom lag skapa rättsliga möjligheter för kommuner och landsting att överlåta rätten att fatta s.k. tilldelningsbeslut

m.m. till andra upphandlande enheter. Det är en mycket bra och angelägen förändring då den öppnar upp för ett utvecklat samarbete mellan kommuner och landsting i upphandlingsärenden. Ett samarbete som bör resultera i minskade administrativa kostnader för upphandlingsprocessen. Den utvecklade samarbetsmöjligheten, som ger kommunsektorn möjligheten att agera mer snarlikt den statliga inköpsamordningen, bör även kunna resultera i att mer fördelaktiga villkor kan erhållas p.g.a. volymfördelar m.m.

Idag medför Kommunallagens begränsade utrymme till delegering att det formella tilldelningsbeslutet och undertecknandet av upphandlingskontrakt måste ske hos var och en av de samverkande kommunerna vid samordnad upphandling. Vidare är en samordnande upphandlande enhet sannolikt hindrad att sluta avtal efter en direktupphandling eller att besluta om att avbryta en upphandling när omständigheterna talar för detta. Det medför ur administrativ synvinkel ett omständligt förfarande, speciellt vid sådana upphandlingar som omfattar många kommuner och landsting.

En annan aspekt av nuvarande förfarande vid samordnad upphandling är att tilldelningsbeslutet i praktiken kommer att fattas vid olika tidpunkter hos olika deltagande upphandlande enheter. Detta innebär att handlingarna omfattas av sekretess enligt sekretesslagen (1980:100) 6 kap.2 § hos de upphandlande enheter som inte fattat tilldelningsbeslut medan ärendet hos de enheter som avslutat upphandlingen enligt huvudregeln är offentligt. Det visar på att nuvarande regelsystem inte är anpassat för samordnade upphandlingar. Stadsledningskontoret delar därför finansdepartementets uppfattning att det, mot bakgrund av det stora antalet upphandlingar som kommuner och landsting står för, framstår ett tydligt behov av lagändring.

Stadsledningskontoret vill även understryka att förslaget förbättrar den kommunala sektorns möjligheter att gemensamt använda upphandlingen som ett mer offensivt verktyg för att driva på produktutvecklingen mot mer miljövänliga/-effektiva lösningar. Den samlade volymen hos Sveriges kommuner och landsting kan på ett kraftfullt sätt kunna bidra till en hållbar utveckling. Det bör emellertid understrykas att samordningen, enligt stadsledningskontorets uppfattning, bör användas med viss försiktighet då det kan försvåra för små och medelstora företags möjligheter att delta i offentlig upphandling. Samordningen bör därför alltid föregås av en analys av de långsiktiga effekter som förfarandet kan få på den ifrågavarande marknaden.

Stadsledningskontoret vill avslutningsvis framhålla att den föreslagna begränsningen vad gäller möjligheten att ge delegation endast till annan upphandlande enhet är olycklig. Detta då begränsningen tillintetgör möjligheterna för kommunerna att exempelvis samordna sig via det av Förenade kommunföretag AB ägda upphandlingsbolaget Kommentus AB (som inte torde utgöra en upphandlande enhet i formell mening). Enligt stadsledningskontorets mening bör ändamålet med den EG-rättsliga normgivningen på området vara att säkerställa att de upphandlingar som genomförs av en inköpscentral sker i enlighet med de förfaranden som föreskrivs i direktiven och enligt grundläggande EG-rättsliga principer. Om den organisation som svarar för genomförandet själv är en upphandlande enhet eller inte, torde däremot vara av mindre intresse för anbudsgivarna och för utvecklingen på den inre marknaden.

Emellertid är begränsningen vad gäller delegationsmöjligheten hänförlig till den definition av inköpscentral som anges i det nya direktivet. Mot bakgrund av det därigenom kan föreligga nationella begränsningar vad gäller möjligheten att utvidga definitionen till att även avse organisationer som inte utgör upphandlande enheter, tillstyrker stadsledningskontoret förslaget även i denna del.

Vad gäller skadeståndsbestämmelsen i 7 kap. LOU föreslår finansdepartementet ingen lagreglering om hur sådant skadestånd skall fördelas mellan de upphandlande enheter som deltar i upphandlingen. Finansdepartementet konstaterar därför att det vid en samordnad upphandling är viktigt att parternas inbördes mellanhavanden, bl.a. ansvarsfördelningen, regleras i avtal mellan den upphandlande enheten och den kommun eller det landsting som deltar i upphandlingen.

Då det torde vara svårt att skapa regressmöjligheter som passar alla de tänkbara samordnings-situationer som kan uppstå och då ett alltför strikt ansvar för den part som genomför upphandlingen skulle motverka departementsförslagets primära syfte, d.v.s. att skapa bättre samordningsmöjligheter för kommuner och landsting, tillstyrker stadsledningskontoret förslaget även i denna del.

Gatu- och fastighetsnämnden behandlade ärendet vid sammanträdet den 12 oktober 2004. Nämnden beslöt överlämna och återropa kontorets utlåtande.

Gatu- och fastighetskontorets tjänsteutlåtande daterat den 27 september 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Konsekvenser av samordnad upphandling

De två främsta argumenten som framförs för samordnad upphandling är minskade kostnader för att genomföra upphandlingar och att ökade inköpsvolymen medför lägre priser, men både fördelar och nackdelar nämns. T e x att endast större företag kan klara de sammanslagna volymerna vilket kan medföra marknadskoncentration med svag konkurrens och oförmånliga inköpsvolymen som följd. Opreciserade inköpsvolymen kan också leda till att inköpspriset pressas upp. I de nya upphandlingsdirektiven anser man ha begränsat utrymmet för detta (se avsnitt 3.2.3). För att motverka dessa nackdelar anges som exempel i promemorian att konkurrensen kan främjas genom att den upphandlande enheten erbjuder anläggningar av infrastrukturkaraktär, t e x maskiner eller annan apparatur. Att avtalstidernas längd begränsas till i normalfallet fyra år. Att i förfrågningsunderlaget ge utrymme för att lämna anbud på delar av upphandlingen. Sprida upphandlingstillfällena över året samt avsluta ett uppdrag innan ett nytt aktualiseras. Samordning av upphandlingar hos en enhet kan också leda till en samlad och ökad kompetens om marknad, regler, konkurrens, tekniker m m.

Sammanfattningsvis hävdas i promemorian att det inte kan uteslutas att förslaget medför positiva effekter för konkurrensen. Samt att samordnad upphandling bör innebära administrativa kostnadsbesparingar.

Kontorets erfarenhet av centralupphandling

Centralupphandling är inte helt invändningsfri. Centralupphandlingen spelar en viktig roll genom sina val av ramavtalsleverantörer. T e x handlar centralupphandlare för ett årligt belopp på över fem miljarder kronor. Den stora upphandlingsvolymen påverkar leverantörsmarknaden som anpassar sig för att erhålla största möjliga avkastning och minsta konkurrens. Exempel som vi har sett är uppköp av konkurrenter, prissamarbete e t c.

Avtalen garanterar heller inga volymer. Av detta följer att leverantören måste kalkylera med att inte få leverera någonting till staden eller att få leverera hela volymen. Denna risk eller möjlighet måste anbudsgivaren kalkylera med i sitt anbud. Om avtalen istället varit uppbyggda med låsta riktade volymer mot leverantörerna hade deras risker minskat och prispbilden mot kund antagligen kunnat reducerats kraftigt.

Centralupphandlingen finansieras genom en ”kick-back” från leverantörerna varierande upp till 1,5 procent av avropat värde. Att ersättningen ligger inbakad i försäljningen får till följd att det finns svaga ekonomiska incitament att hålla en låg prispbild till kunden. D v s ju mer ramavtalsleverantören omsätter i kronor inom ramavtalet desto större ersättning erhåller centralupphandlingen. Det andra är att tjänsten upplevs som kostnadsfri från användare av ramavtalen och då ställs inga eller låga effektivitetskrav. Incitamentet att skapa konkurrenskraftiga avtal kan därför ifrågasättas. Det vore bättre om förvaltningarna kunde köpa avtalstjänsten på konsultbasis. Avtalens uppbyggnad gör också att det som kund nästan är omöjligt att jämföra pris på produkterna mellan leverantörer.

Sammanfattningsvis har kontoret inga invändningar mot den föreslagna lagändringen, den för antagligen bara med sig marginella administrativa vinster. Större vinster finns enligt kontoret att hämta i att ändra sättet att centralupphandla och som det givits några exempel på här ovan.

Kontoret föreslår att Gatu- och fastighetsnämnden beslutar att som yttrande över finansdepartementets utlåtande ”Samordnad upphandling” till kommunstyrelsen överlämna och återropa detta tjänsteutlåtande.

Socialtjänstnämnden behandlade ärendet vid sitt sammanträde den 29 oktober 2004. Nämnden beslöt att som svar på remissen överlämna tjänsteutlåtandet.

Socialtjänstförvaltningens tjänsteutlåtande daterat 17 september 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Förvaltningen anskaffar, i enlighet med den av nämnden beslutade upphandlingspolicyn, merparten av sina volymprodukter för den rena driften genom att delta i gemensamma upphandlingar. I de flesta fall sköts dessa av Kommentus Gruppen AB, med vilken Stockholms stad har ramavtal om konsulttjänster för upphandling. Inom speciellt IT-området har staden och förvaltningen också utnyttjat möjligheterna att använda Stadskontorets ramavtal. Den föreslagna förändringen medför att nämnden vid utnyttjandet av avtalet med Kommentus Gruppen AB bör kunna delegera hanteringen av tilldelningsbeslut, kontraktshantering och andra avslut till Kommentus Gruppen AB. Kommentus Gruppen AB är ett sådant bolag som bör uppfylla definitionen i ändringen i lagen.

Det bör då medföra att hanteringen av anskaffande av varor och tjänster för det rena genomförandet av verksamheterna kan rationaliseras.

Förvaltningen ställer sig positiv till den föreslagna lagens bestämmelser om delegation.

Utdrag ur förslaget Ds 2004:37 om samordnad upphandling

(Hela förslaget finns på regeringens hemsida -
<http://www.regeringen.se/content/1/c6/02/77/07/473b4642.pdf>)

Behov av samordnad upphandling**Inledning**

Upphandlingskommittén har i sitt betänkande Effektivare offentlig upphandling – För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139)²⁴ gjort bedömningen att kommuner och landsting beräknas upphandla för 170 miljarder kronor per år. Kommunerna svarar för omkring 100 miljarder kronor och landstingen svarar för omkring 70 miljarder kronor.

Enligt vad som tidigare redogjorts för i avsnitt 3.3.3 finns det i den kommunala lagstiftningen, bortsett från den kommunala delegationslagen (1954:130), inte några regler som tillåter extern delegation. Kommuner och landsting kan således inte med stöd av nuvarande lagstiftning föra över kommunens eller landstingets beslutanderätt till ett subjekt utanför kommunen eller landstinget. Detta medför att kommuner och landsting inte kan använda sig av s.k. samordnad upphandling fullt ut genom att en upphandlande enhet fattar tilldelningsbeslut m.m. för en eller flera kommuners eller landstings räkning.

Att använda sig av fullmakt i dessa situationer är inte heller en acceptabel lösning (se avsnitt 3.3.4).

Att underteckna ett upphandlingskontrakt kan möjligen ses som ren verkställighet. En sådan åtgärd kan dock enligt förarbetena sannolikt inte vidtas av andra än anställda i den egna kommunala verksamheten (se avsnitt 3.3.2). Det är således knappast möjligt för den samordnande upphandlande enheten – som normalt är en annan juridisk person – att underteckna upphandlingskontraktet.

Kommunallagens begränsade utrymme till delegering medför att det formella tilldelningsbeslutet och undertecknandet av upphandlingskontrakt måste ske hos var och en av de samverkande kommunerna vid samordnad upphandling. Vidare är en samordnande upphandlande enhet sannolikt hindrad att sluta avtal efter en direktupphandling eller att besluta om att avbryta en upphandling när omständigheterna talar för detta. Det medför ur administrativ synvinkel ett omständligt förfarande, speciellt vid upphandlingar som omfattar många kommuner och landsting. Mot bakgrund av det stora antalet upphandlingar som kommuner och landsting står för framstår ett tydligt behov av lagändring.

Konsekvenser av samordnad upphandling**Konsekvenser för konkurrensen**

Riksdagen och regeringen har på många områden genom lagstiftning underlättat för kommuner och landsting att samverka. Samarbete på området för upphandling skulle vara ytterligare en möjlighet till samverkan. De två främsta argumenten för samordnad upphandling torde vara minskade kostnader för att genomföra upphandlingar och att ökade inköpsvolymerna medför lägre priser. Båda fördelarna har sina nackdelar. Som exempel nämns emellanåt att endast större företag kan klara de sammanslagna volymerna vilket kan medföra marknadskoncentration med svag konkurrens och oförmånliga inköpsvillkor som följd. Vidare kan skalfördelar vara svåra att åstadkomma vid samordnad upphandling av tjänster som normalt produceras lokalt. Opreciserade inköpsvolymerna kan också leda till att anbudspriserna pressas upp. De nya upphandlingsdirektiven synes dock begränsa utrymmet för detta (se avsnitt 3.2.3).

För att motverka dessa nackdelar vid upphandling kan konkurrensen främjas genom att den upphandlande enheten erbjuder anbudsgivarna anläggningar av infrastrukturkaraktär, t.ex. maskiner eller annan apparatur. Konkurrensen främjas sannolikt även genom att avtalstidernas längd begränsas till i normalfallet fyra år vilket anges i de nya upphandlingsdirektiven (se avsnitt 3.2.3).

Vidare kan antalet anbudsgivare ökas och mindre företags deltagande underlättas om förfrågningsunderlaget ger utrymme för att lämna anbud på delar av upphandlingen. Ett annat sätt kan vara att sprida upphandlingstillfällena över året. Om företag ges möjlighet att avsluta ett uppdrag innan ett nytt aktualiseras kan konkurrensen öka.

Samordning av upphandlingar hos en enhet kan också leda till en samlad och ökad kompetens om marknader, regler om offentlig upphandling och konkurrens, tekniker m.m. Det kan således inte uteslutas att förslaget medför positiva effekter för konkurrensen.

Finansiella effekter för kommuner och landsting

Förslaget i lagen innebär inte några skyldigheter för kommuner eller landsting och bedöms därför inte medföra några kostnader. De ökade möjligheterna till samordnad upphandling bedöms i stället medföra möjligheter till framförallt administrativa kostnadsbesparingar.

Samordnad upphandling görs möjlig

Förslag: En kommun eller ett landsting får träffa avtal med en annan upphandlande enhet om att på kommunens eller landstingets vägnar i en upphandling besluta om leverantör och anbud enligt 1 kap. 28 § LOU, underteckna upphandlingskontraktet eller på annat sätt avsluta upphandlingen.

För att förbättra kommuners och landstings möjligheter till samverkan vid offentliga upphandlingar förlägs en särskild delegationslag som ger kommuner och landsting möjlighet att uppdraga åt en upphandlande enhet att fatta beslut om leverantör och anbud enligt 1 kap. 28 § LOU, underteckna upphandlingskontraktet eller på annat sätt avsluta upphandlingen. Av 1 kap. 28 § LOU framgår att det är en upphandlande enhet som skall fatta det s.k. tilldelningsbeslutet. Av 1 kap. 5-6 §§ och 4 kap. 1 § LOU framgår vad som ingår i begreppet upphandlande enhet (se avsnitt 3.1.2). Vidare förklaras skillnaden mellan att teckna upphandlingskontrakt och andra sätt en upphandling kan avslutas på i avsnitt 3.1.6.

Enligt de nya EG-direktivens bestämmelser är det endast en upphandlande enhet som kan utgöra en inköpscentral (se avsnitt 3.2.2). Möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten bör därför begränsas till sådana enheter. I begreppen kommuner och landsting innefattas även kommunalförbund. De kommunala företagen är däremot privaträttsliga juridiska personer och hör inte till den egentliga kommunala organisationen. Om de vill delta i samordnade upphandlingar kan de använda sig av bestämmelserna om fullmakt i avtalslagen (1915:218). Det föreligger således inget behov av att innefatta dessa företag i den föreslagna delegationslagen. Ett kommunalt företag kan däremot utgöra en samordnande enheten, dvs. under förutsättning att företaget är en upphandlande enhet.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Om kommuner och landsting ges den föreslagna möjligheten att delegera tilldelningsbeslut och avslutandet av en upphandling kommer den beslutande enheten att bli svarande i eventuella mål om överprövning och skadestånd enligt bestämmelserna i 7 kap. LOU.

Enligt 2 kap. 1 § kommunallagen får kommuner och landsting själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Av det följer att en kommun eller ett landsting inte får försätta sig i en sådan situation att en kommun eller ett landsting tvingas svara för ett skadestånd som kan drabba en annan kommun eller ett annat landsting.

Vid en samordnad upphandling är det därför viktigt att parternas inbördes mellanhavanden, bl.a. ansvarsfördelningen, regleras i avtal mellan den upphandlande enheten och den kommun eller det landsting som genomför upphandlingen.