

Diarienummer: 2008-000883

## **Sidas kommentar till oberoende parts utredning kring ”konkurrensneutralitet”**

Enligt regleringsbrevet för budgetåret 2008 ska Sida redovisa hur upphandlingsreglerna tillämpas. Inom ramen för den redovisningen ska Sida låta en oberoende part granska och bedöma tillämpningen ”med särskilt fokus på konkurrensneutralitet mellan offentliga och privata aktörer”.

### **Bakgrund**

I Sidas handlingsprogram för samarbete med det svenska näringslivet (GD beslut 2007/654) ingick ett initiativ till genomlysning av Sidas hantering av upphandlingsreglerna i relation till framför allt samarbetet med statliga myndigheter.

Under senare år har Swedish Consultants och Svensk Projektexport hävdade att Sida upphandlar allt färre uppdrag i konkurrens och i allt större utsträckning avropar tjänster från myndigheter, enskilda organisationer, institutioner, universitet och högskolor.

I oktober 2007 uppdrog Sida åt AffärsConcept AB att göra en utredning för att belysa gränsdragningen mellan myndighetssamarbete och konkurrensutsatt verksamhet och hur Sida hanterar denna fråga i det löpande arbetet.

AffärsConcept levererade sin utredning i mars 2008 (bifogas). I samband med detta ordnade Sida ett möte

myndigheter och konsulter för att diskutera innehållet i AffärsConcepts rapport och olika möjligheter till effektivare samarbete i framtiden.

### **Granskningens resultat och Sidas kommentarer**

AffärsConcept sammanfattar sin bedömning enligt nedan (frågeställningarna är hämtade från Sidas uppdragsbeskrivning). Efter varje bedömning ger Sida sin kommentar och vilken åtgärd som Sida avser att vidta.

#### Frågeställning

**1. Enligt tillgänglig statistik har en förskjutning från upphandling i konkurrens till att Sida i högre utsträckning än tidigare gör avrop från andra myndigheter. Är denna förskjutning till alla delar sakligt grundad och i enlighet med gällande lagstiftning och i övrigt tillämpliga regler?**

#### AffärsConcepts slutsats

*Med det underlag som vi fått av Sida, har vi inte kunnat bekräfta att en förskjutning från upphandling i konkurrens till köp från andra myndigheter har skett, därtill är Sidas upphandlingsstatistik alltför svårtolkad och otydlig.*

*Den ordning för köp av tjänster från statliga myndigheter som följer av tolkningen av staten som ett rättssubjekt, det så kallade Följsam-konceptet och av Sidas "Upphandlingsregel" är, enligt vår uppfattning, inte i alla delar sakligt grundad och överensstämmer inte med reglerna i LOU och EG:s upphandlingsdirektiv. Den nuvarande ordningen bör omprövas och ändras på så sätt att Sida tillämpar LOU och undantagsreglerna däri när uppdrag läggs på myndigheter."*

#### Sidas kommentar

Enligt tillgänglig statistik från Sidas enhet för juridik och upphandlingsrådgivning har uppdragsvolymen (beräknat i förhållande till summan utbetalda medel) till olika konsultbolag varit i stort sett oförändrad de senaste fem åren.

Samtidigt har volymen på myndighetssamarbetet ökat med 74 % under de senaste fem åren (beräknat i förhållande till summan utbetalda medel till andra

myndigheter i samband med insatser inom utvecklingssamarbetet). I vilken omfattning de myndigheter som erhållit medel från Sida i sin tur anlitat privata underkonsulter går inte att säga säkert utifrån tillgänglig statistik, men där detta varit fallet så har även volymen upphandlade konsulttjänster ökat indirekt. Men klart är att myndighetssamarbetet ökat mer än volymen på konsultuppdrag. Detta förklaras huvudsakligen av en förändrad inriktning av Sidas uppdrag genom PGU (proposition 2002/03: 122 Gemensamt ansvar: Sveriges politik för global utveckling) med ökad fokusering på institutionsuppbyggnad och reformprocess. Men också av hur Sida har tillämpat överenskommelserna med andra statliga myndigheter.

I AffärsConcepts rapport anges att bolagets tolkning av rättsläget idag är att LOU skulle vara formellt tillämplig även vid "köp inom staten".

Sidas uppfattning är att statliga myndigheter inte utgör några självständiga juridiska enheter (rättssubjekt). När myndigheter förfogar över tillgångar och kapital gör de det som företrädare för staten. De skall därvid rätta sig efter vad som rättssubjektet staten bestämmer genom riksdagen och regeringen. (jmf SOU 1994:136 "Statliga myndigheters avtal" s. 13 ff). En konsekvens av detta är att upphandlingslagstiftningen inte formellt blir tillämplig vid köp inom staten.

Denna uppfattning har också redovisats av Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) som, avseende den tidigare gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling, uttalade att "köp mellan statliga myndigheter avseende produktion inom endera myndigheternas normala verksamhetsområde faller utanför LOU:s tillämpningsområde,..." (Sammanställning NOU info sept - 93 – dec -95 s. 12).

Samma uppfattning har vidare framförts i betänkandet "Effektivare offentlig upphandling" där det anges att "köp av varor och tjänster mellan enheter inom samma juridiska person utgör i LOU:s mening ingen upphandling." I samma betänkande anförs då också som en konsekvens av detta att "t ex behöver en statlig myndighet inte tillämpa LOU när den anskaffar en vara eller tjänst av en annan statlig myndighet" (SOU 1999:139 s. 71 f.). Uppfattningen att statliga myndigheter inte utgör några självständiga juridiska enheter har även redovisats i andra senare

sammanhang (t ex Konstitutionsutskottet i dess betänkande KU 2005/2006:KU10 s. 2).

Mot denna bakgrund har den allmänna uppfattningen varit att upphandlingslagstiftningen inte formellt är tillämplig vid köp inom staten.

Något vägledande avgörande i domstol som tydligt förändrat rättsläget föreligger inte såvitt Sida kunnat finna och inte heller i samband med införandet av ny lagstiftning inom upphandlingsområdet från och med den 1 januari 2008 har angivits någon förändring i detta avseende. Sida har också i samband med upprättande av nu aktuell rapport haft kontakt under hand med ett antal andra statliga myndigheter där samtliga uppgivit att de delar Sidas uppfattning att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen inte är tillämpliga vid köp inom staten.

Till dess att ett vägledande avgörande eller lagändring föreligger som uttryckligen anger att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen formellt är tillämpliga även på köp inom staten är Sidas uppfattning - till skillnad mot vad AffärsConcept angivit - att rättsläget är oförändrat i förhållande till tidigare. Sida anser sig därför inte skyldig att tillämpa LOU och dess undantagsregler när uppdrag läggs på andra statliga myndigheter.

### Frågeställning

**2. Att analysera och bedöma om Sidas samarbete med institutioner, enskilda organisationer, högskolor och universitet till alla delar är sakligt grundad och i enlighet med gällande lagstiftning och i övrigt tillämpliga externa och interna regler.**

### AffärsConcepts slutsats

*Vår slutsats är att oavsett hur Sida benämner en biståndsinsats, som innebär att uppdragsutförande köps från extern part, skall LOU tillämpas. Detta gäller oavsett om köpet görs från externa företag eller offentliga myndigheter eller organisationer. Såvitt vi kunnat finna finns ingen situation när LOU inte är tillämplig vid köp mellan myndigheter och andra organisationer. Ifråga om bidragsgivning till enskilda organisationer och institutioner är det dock oklart i vilken utsträckning LOU är tillämplig.*

Sidas kommentar

Sidas uppfattning är att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen formellt inte är tillämplig vid köp inom staten. Sida anser dock att även om direktiv och lagstiftning inte är formellt tillämpliga så åligger det Sida att hushålla väl med statens medel. Detta innebär bl.a. att om den efterfrågade kompetensen finns på den öppna marknaden ska tjänsten upphandlas. Om så inte är fallet (t ex om en myndighet i ett av Sveriges samarbetsländer efterfrågar en "peer-relation" med just en svensk myndighet") kan Sida köpa tjänsten direkt av en annan svensk statlig myndighet utan föregående upphandling.

Sida anser inte att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen är tillämplig vid bidrag till enskilda organisationer/institutioner.

Frågeställning**3. Om inte – identifiera var bristerna finns: I regelverket och/eller i tillämpningen?**AffärsConcepts slutsats

*Vi anser att Sidas "Upphandlingsregel" inte stämmer överens med LOU i den delen som rör "Köp inom staten" och att "Upphandlingsregel" därför behöver revideras i denna del.*

*Vi har identifierat brister vid tillämpningen av ramöverenskommelserna. Problem uppstår redan när uppdrag tilldelas myndigheterna beroende på att det inom Sida saknas ett gemensamt förhållningssätt och en gemensam bedömningsgrund avseende hur LOU skall tillämpas vid köp från andra statliga myndigheter."*

Sidas kommentar

Sida delar AffärsConcepts bedömning att det funnits brister i hur Sida tillämpat ramöverenskommelserna med andra statliga myndigheter. Dock är Sidas uppfattning, som tidigare redovisats, att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen formellt inte är tillämpliga vid köp inom staten.

För att Sida bättre skall uppfylla kravet att hushålla väl med statens medel och få det bästa resultatet beslutade

Sida under 2006 att centralisera myndighetens upphandlingar och att se över myndighetens interna upphandlingsregler.

#### Frågeställning

**4. Överväga effekten av en eventuell förändring som gör att konkurrensupphandlade företag leder projekten under det att andra aktörer som myndigheter, universitet, enskilda organisationer fungerar som underleverantörer.**

#### AffärsConcepts slutsats

*Vi har funnit goda exempel på när privata företag lämnat anbud till Sida eller till internationella organisationer, t.ex. Världsbanken eller FN, och vunnit uppdrag i konstellation med en myndighet som underleverantör. Vi kan se flera positiva effekter av ett sådant förfaringsätt.*

#### Sidas kommentar

Sida ser också fördelar med ett sådant förfarande. I synnerhet när myndigheter saknar biståndserfarenhet eller är svaga i projektledning och projektadministration.

### **5. Föreslå åtgärder.**

#### A. AffärsConcepts förslag till åtgärd

- *Sida bör snarast förbättra sin upphandlingsstatistik så att det är möjligt att följa upp och vid behov åtgärda eventuella beteendeförändringar när det gäller frågor kring brister avseende konkurrensneutralitet*

#### Sidas kommentar

Sida beslöt redan under 2006 att genomföra det s.k. Centraliseringsprojektet. Detta innebär att Sidas upphandlingar i princip skall genomföras samlat hos en funktion inom myndigheten och som en del av projektet har ingått att även upprätta en databas för upphandlingar. Denna databas är nu upphandlad och kommer att tas i bruk under 2008.

#### B. AffärsConcepts förslag till åtgärd

- *Sidas "Upphandlingsregel" bör ändras snarast, så att det klart framgår att LOU skall tillämpas vid köp från andra offentliga myndigheter och*

*organisationer. Antingen tillämpas LOU på vanligt sätt eller någon av de tre undantagsregler som kan åberopas för upphandlingar från andra myndigheter eller andra offentliga organisationer. Samtlig personal på Sida, som är involverade i köp av tjänster mellan myndigheter, bör få information om vilka krav på upphandling som ställs enligt LOU.*

#### Sidas kommentar

Sidas uppfattning är att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen formellt inte är tillämplig vid köp inom staten.

I Sidas interna upphandlingsregel anges därför att LOU inte ska tillämpas vid köp inom staten. I regeln anges dock att ifall den eftersökta kompetensen även finns utanför staten *bör* upphandling ske enligt gängse upphandlingsprinciper, dvs. i konkurrens. Enligt regeln är det inte obligatoriskt att gå ut i konkurrens. Sida har dock för avsikt att ändra detta till ett obligatoriskt krav samt att precisera regeln så att om det inte är klarlagt att den efterfrågade kompetensen är unik för myndigheten ska tjänsten upphandlas i konkurrens. Innan Sida träffar överenskommelse med den aktuella myndigheten måste Sida således klargöra om den efterfrågade kompetensen är unik för myndigheten. Om myndighetens unikheter inte kan visas avseende den efterfrågade kompetensen ska upphandling i konkurrens genomföras.

#### C. AffärsConcepts förslag till åtgärd

- *Sida bör se till att de handläggare som skall göra bedömningar huruvida LOU:s undantagsregler är tillämpliga får stöd i denna bedömning av den juridiska expertkompetens som finns inom Sida.*

#### Sidas kommentar

Sidas uppfattning är att EG:s upphandlingsdirektiv och den svenska upphandlingslagstiftningen formellt inte är tillämplig vid köp inom staten. Detta innebär då att det inte heller skulle vara fråga om att formellt tillämpa några av lagstiftningens undantag vid köp inom staten.

Sida har oavsett detta under 2007 börjat stärka myndighetens centrala upphandlingsfunktion, bland annat genom att stärka dess mandat och tillföra ytterligare tjänster. Därigenom säkras en bättre och jämnare bedömning i upphandlingarna. Sida har även påbörjat arbetet med att revidera myndighetens upphandlings-

riktlinjer och beslut om nya upphandling beräknas kunna fattas under 2008. Sida avser också att tydligare beakta de principiella och juridiska frågorna vid köp av tjänster från andra statliga myndigheter.

#### D. AffärsConcepts förslag till åtgärd

- *I ramöverenskommelserna, eller i annat lämpligt dokument, bör de 10 Följsam-myndigheternas kärnkompetens specificeras. Denna måste tydligt särskiljas från sådan kompetens som också finns att tillgå på den privata marknaden. Handläggarna behöver bra stöd för tanken i form av checklistor, frågebatteri eller liknande.*

#### Sidas kommentar

Begreppet kärnkompetens är oklart och inte legalt definierat. Det som ibland definieras som en myndighets kärnkompetens kan även finnas på den öppna marknaden. När Sida ska sträva efter konkurrens är det därför bättre att definiera respektive myndighets unikheter. Med unikheter avser Sida sådant som endast en svensk myndighet kan leverera, t ex kompetens och kapacitet att utveckla sin egen typ av verksamhet – endast en myndighet kan ha en "peer-relation" med en annan myndighet – parat med förmåga att överföra svenska värderingar. Regeringens instruktion till en myndighet utgör härvid en väsentlig utgångspunkt i Sidas bedömning av unikheter i en myndighets uppdrag.

#### E. AffärsConcepts förslag till åtgärd

- *Sida bör av lämplighetsskäl ta fram en intern policy när det gäller hantering av anbud från organisationer som till del bidragsfinansieras av Sida. Detta för att upprätthålla Sidas trovärdighet i konkurrensneutralitetshänseende.*

#### Sidas kommentar

Sida instämmer i denna rekommendation.

## Grund för Sidas ställningstaganden

Sidas uppdrag är att bidra till att skapa förutsättningar för fattiga människor att förändra sina levnadsvillkor respektive bidra till reformarbetet i Central- och Östeuropa. Detta ska ske med så effektiv användning av anslagna medel som möjligt samt genom att ta tillvara erfarenheter och kunskaper från olika svenska aktörskretsar.

En effektiv upphandling är en av förutsättningarna för att få bästa möjliga tjänster respektive varor till bästa möjliga pris och därigenom också hushålla väl med statens medel. Därför ska upphandling vara utgångspunkten för alla uppdrag som Sida lägger ut.

Myndighetssamverkan är ett mycket starkt verktyg bl.a. för att stödja kapacitetsutveckling av myndigheter i Sveriges partnerländer. Värdet i myndighetssamverkan ligger i den s.k. "peer-relationen", d v s samverkan kollegor emellan (t. ex. när polismyndigheter i Sverige och Sydafrika samverkar för ömsesidig kompetensutveckling.

Normalt efterfrågar samarbetsländer just den svenska erfarenheten och kunnandet och myndighetssamverkan syftar därvid till att också utgå från svenska värderingar och synsätt i linje med PGU.

En komplikation uppstår när uppdragen är blandade genom att de innehåller komponenter som till delar bara finns hos en viss myndighet samtidigt som andra delar finns att köpa på den öppna marknaden.

Enligt Sidas överenskommelser ska myndigheterna alltid upphandla den senare typen av komponenter på den öppna marknaden, där LOU formellt är tillämplig.

Ett alternativ är att hela uppdraget upphandlas på den öppna marknaden, men att konsultföretag knyter till sig den myndighetskompetens som erfordras. För att upprätthålla konkurrens bör det dock inte vara möjligt för ett konsultföretag att knyta en viss myndighet till sig med "ensamrätt" till myndighetens tjänster i en upphandling.

Sammanfattningsvis skall det vara uppdragets karaktär, baserad på samarbetslandets uttalade behov – och eventuell tillgång till motsvarande tjänster på den öppna marknaden – som ska styra valet mellan myndighetssamarbete och upphandling i konkurrens.

### **Tillämpningsproblematiken**

Det torde inte vara svårt att instämma i Sidas principiella förhållningssätt. Men i praktiken har det visat sig svårt att leva upp till detta. Av flera skäl:

- Sida saknar idag tydliga och genomarbetade arbetsrutiner för att beställa uppdrag från andra svenska myndigheter. Beställarkompetensen är svag.
- Tidigare har Sida haft ett flertal olika överenskommelser med en och samma myndighet, och tillämpningen har därför varierat. I allt större utsträckning ingår nu Sida en ramöverenskommelse med de myndigheter som har samarbete med fler än en avdelning på Sida. Generaldirektören fattar beslut om att Sida ska ingå en ramöverenskommelse med respektive myndighet. Samtidigt utses då även en särskild avdelning att ha samordningsansvaret för respektive överenskommelse.
- Sida jurister har fram till idag endast i begränsad omfattning involverats i beslut avseende köp av tjänster från andra statliga myndigheter inom ramen för Sidas myndighetssamverkan.

### **Sammanfattning av förslag till åtgärder**

Sida avser att göra bl.a. följande:

1. Ändra Sidas upphandlingsregel så att konkurrensutsättning blir utgångspunkten såvida det inte är klarlagt att eftersökt kompetens endast finns inom staten.
2. Utveckla kriterierna och rutinerna kring bedömning av en myndighets unikheter.
3. Öka beställarkompetensen hos berörda handläggare och chefer.
4. Förtydliga villkoren i överenskommelserna med Sidas samarbetsmyndigheter, särskilt avseende resultat, kostnadseffektivitet och uppföljning samt förbättra rutinerna för uppföljning av sådana villkor.

5. Säkerställa att relevant kompetens inom Sida involveras i principiellt viktiga beslut om myndighetssamverkan.